



JOÃO ANTÓNIO FERNANDIM FERNANDES DE BARROS

**DA *LEX MERCATORIA* À *LEX PETROLEA*: A AFIRMAÇÃO DE
UMA ORDEM JURÍDICA AUTÓNOMA**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito

Orientadora:
Doutora Maria Helena Brito, Professora da Faculdade de Direito da Universidade
Nova de Lisboa

Março 2017

Índice

Lista de Abreviaturas	3
Resumo	4
Introdução.....	5
I - O caso El Paso v. Argentina.....	7
1.1 A importância do caso El Paso para o direito internacional autónomo	21
II – Breve abordagem às regras da arbitragem de investimento	22
III – Breve abordagem a algumas particularidades do sector petrolífero	31
IV – A Lex Mercatoria enquanto Direito Autónomo do Comércio Internacional.....	37
V – A Lex Petrolea: a influência da Lex Mercatoria na sua formação e o seu papel enquanto ordem jurídica autónoma do sector petrolífero.....	59
VI – Conclusões	74
Bibliografia.....	79
Decisões judiciais ou arbitrais	84

Lista de Abreviaturas

<u>Abreviatura</u>	<u>Designação</u>
AIPN	Association of International Petroleum Negotiators
AMINOIL	The American Independent Oil Company
ARAMCO	Saudi Arabia Oil Company
BIT	Bilateral Investment Treaty
BP	British Petroleum
CAPSA	Compañias Asociadas Petroleras
CCI	Câmara Comércio Internacional
CRP	Constituição da República Portuguesa
DCF	Discounted Cash Flow
EUA	Estados Unidos da América
FET	Fair and Equitable Treatment
FMI	Fundo Monetário Internacional
FPS	Full Protection and Security
HGC	Host Government Contracts
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IOC	International Oil Company
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
LIAMCO	Libyan American Oil Company
NOC	National Oil Company
ONU	Organização das Nações Unidas
OPEP	Organização dos Países Exportadores de Petróleo
PIB	Produto Interno Bruto
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TOPCO	Texaco Overseas and California Asiatic
UNCITRAL	United Nations Comissions on International Trade Law

Resumo

Esta dissertação tem como objectivo estudar as características da *lex mercatoria*, a ordem jurídica autónoma do comércio internacional, e da *lex petrolea*, a ordem jurídica autónoma do sector petrolífero. Analisaremos os seus percursos, tantas vezes semelhantes, e os motivos que as levaram a ser defendidas ou criticadas pela doutrina.

Esta nossa análise visa concluir, no final desta dissertação, se estas ordens jurídicas têm aplicabilidade prática e se a resposta for positiva, em que moldes e com que limitações se dá essa aplicação.

Em suma e para sermos fiéis ao título escolhido, procuraremos traçar o caminho que leva à afirmação de uma ordem jurídica autónoma.

This essay's main purpose is to study the characteristics of the *lex mercatoria*, the independent legal system of the international trade, and of the *lex petrolea*, the independent legal system of the oil sector. We shall analyse its paths, often identical, and the reason why they were advocated or criticized by the doctrine. This research process aims to confirm if the legal systems mentioned above have a practical applicability and, if this answer is to be a positive one, in which forms and which restrains this practical application suffers.

Essentially, and to remain true to the title chosen, we shall search for the path which leads to the confirmation of an independent legal system.

Introdução

Há já alguns anos que é recorrente ouvirmos que vivemos num mundo globalizado. Esta ideia tornou-se uma espécie de *cliché* utilizado para justificar as mudanças no modo como vivemos e como a realidade à nossa volta se tem vindo a alterar.

No entanto e embora haja a tendência para considerar a globalização como um subterfúgio para tudo, a verdade é que esta teve múltiplas repercussões na nossa sociedade, nos últimos anos.

Uma das áreas mais “afectadas” foi precisamente a área do Direito. Antigamente, vigorava a ideia da relação umbilical entre um Estado e a sua ordem jurídica, “cada um com a sua”. No entanto, as alterações das últimas décadas levaram a que o Direito se tivesse que reposicionar e adaptar ao novo estado de coisas, adaptando-se a um mundo tendencialmente sem fronteiras, onde negócios e relações internacionais começaram a proliferar, com igual ou maior fluxo que as tradicionais relações nacionais.

É precisamente esta adaptação do Direito que procuraremos analisar nesta dissertação, procurando conhecer como a evolução de dois sectores, o do comércio internacional e o petrolífero, colocou em causa a secular pirâmide de fontes de Direito e como “impôs” um corpo de regras próprio, criado na vida prática, longe dos Parlamentos e dos *think tanks* legislativos. Simultaneamente, procuraremos perceber por que razão a arbitragem transnacional viu a sua importância reforçada e qual o seu papel nas alterações jurídicas das últimas décadas.

Esta multiplicidade de temas a analisar justifica a estrutura desta dissertação que partirá de uma decisão de um tribunal arbitral no âmbito de um litígio entre um Estado e uma companhia energética norte-americana, procurando demonstrar o raciocínio e o *modus operandi* destes órgãos de resolução de litígios quando confrontados com as mais diversas questões.

Passaremos da prática à teoria, procurando explicar o motivo que levou os juízes do *ICSID* a tomar certas decisões no caso *El Paso v. Argentina* e qual a *ratio* das suas decisões. Com esse objectivo, analisaremos as especificidades da arbitragem de investimento e procuraremos dar nota das especificidades que fazem do sector petrolífero um sector único e diferente dos demais.

Por fim, analisaremos as ordens jurídicas autónomas vigentes no âmbito dos sectores do comércio internacional e petrolífero, a *lex mercatoria* e a *lex petrolea*,

traçando semelhanças e diferenças, com o objectivo de concluir se desempenham algum papel no ordenamento jurídico actual ou se até uma ordem jurídica globalizada lhes nega um “lugar na mesa dos grandes”.

I - O caso El Paso v. Argentina

No dia 6 de Junho de 2003, deu entrada no *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (doravante *ICSID*) um pedido de arbitragem, requerido por uma empresa norte-americana de energia, a *El Paso Energy International Company* (doravante *El Paso*), contra a República da Argentina. Tanto de uma parte como de outra encontravam-se reunidos os pressupostos legais necessários a que o *ICSID* se pronunciasse sobre a matéria e decidisse o caso em questão. Estas condições serão por nós analisadas posteriormente, quando nos detivermos, brevemente, sobre as características da arbitragem de investimento. Nesta primeira fase, analisaremos apenas os traços gerais desta disputa bem como a decisão e fundamentação do caso No. ARB/03/15 do *ICSID*, decidido a 31 de Outubro de 2011.

Na base deste caso, encontra-se um Tratado Bilateral de Investimento (doravante *BIT*, através da denominação inglesa de *Bilateral Investment Treaty*), instrumento legal a que também nos referiremos em fase mais adiantada desta dissertação. Este *BIT*, celebrado entre os Estados Unidos da América (doravante EUA) e a República da Argentina, em Novembro de 1991, surgiu na sequência de um processo progressivo de “abertura” por parte do “país das pampas” ao investimento estrangeiro. Antes da entrada na década de 90, as principais actividades económicas da Argentina encontravam-se nas mãos do Estado, com infra-estruturas precárias e uma dívida pública bastante elevada, sendo que o sector energético, tanto ao nível da electricidade como ao nível do petróleo e do gás se encontravam em situação deficitária, em parte fruto de um financiamento insuficiente, visto que se encontravam essencialmente nas mãos de um Estado que não possuía os recursos necessários para o financiar de forma adequada. Foi neste contexto, que no final da década de 80, o Governo argentino decidiu mudar o seu panorama económico, através de uma Lei de Reforma do Estado, que previa privatizações e medidas de incentivo ao investimento estrangeiro que permitissem dinamizar alguns sectores fundamentais da economia argentina, de forma a estimular a então precária situação económico-financeira do país¹. Prova deste novo panorama legislativo e económico no país são os cerca de 50 *BIT*'s celebrados pela Argentina neste período².

Para que esta abertura ao investimento estrangeiro fosse eficaz, era necessário que ocorressem alterações legislativas significativas. Deste modo, foram emanadas

1 El Paso International Energy Company v. The Argentina Republic (ICSID Case No. ARB/03/15), Award of 31 October 2011, §§51-53 (Doravante citado como El Paso v. Arg.)

2 El Paso v. Arg., §§57

diversas leis no âmbito do sector da electricidade e do sector energético, com a Lei nº24.065 (Lei da Electricidade) e os Decretos 2411/1991, 1271/1992 e a Lei nº24.076 (no sector do gás e hidrocarbonetos) à cabeça. Colocando o foco no sector do gás e hidrocarbonetos, o plano argentino, sustentado num programa baseado em três pilares fundamentais – credibilidade, certeza e estabilidade legal³ - passava por deixar de ser um importador energético, vestindo a pele de exportador. Nesse sentido, foram oferecidas algumas vantagens aos investidores estrangeiros interessados em investir no sector energético argentino, tais como o fim das restrições às exportações de crude e a sua não sujeição à necessidade uma autorização prévia do Governo argentino, a não sujeição a taxas, como as alfandegárias (mantinham-se no entanto em vigor os *royalties*), a criação de um mercado aberto para o sector dos hidrocarbonetos, a protecção constitucional dos investimentos, quer ao nível contratual, quer ao nível da Propriedade privada, a criação de um pré-aviso de 12 meses, a cumprir pelo Governo, em caso de necessidade de imposição de limitações às exportações e a liberdade para os produtores venderem a sua produção⁴. Este plano trouxe os resultados pretendidos pelas autoridades argentinas que em pouco tempo aumentaram as suas exportações de crude de zero para 15.6 milhões m³. Este novo panorama económico, aliado ao *BIT* celebrado entre os EUA e a Argentina, levou a que inúmeras empresas norte-americanas investissem na Argentina. Uma dessas empresas foi a El Paso, que, no ano deste pedido de arbitragem, em 2003, detinha algumas participações, nenhuma de controlo e algumas de forma indirecta, em empresas energéticas argentinas. A empresa alega que detinha um interesse indirecto de 45% na empresa *Compañías Asociadas Petroleras* (doravante *CAPSA*) que por sua vez detinha 60,3% das acções da *CAPEX*, a juntar a um interesse indirecto de 12,335% na empresa *Central Costanera SA* e um interesse de 13,4% (em acções preferenciais) e de 11,8% (em acções ordinárias) na *Gasoductos del Pacifico SA*. Nestas quatro empresas, às quais nos referiremos como as “empresas argentinas”, por motivos de simplificação da exposição, a *El Paso* alega que investiu um total de 336 milhões de dólares americanos.

Um dos artigos que terá grande importância nesta disputa é o Artigo XI do *BIT* celebrado entre a Argentina e os Estados Unidos que diz que “*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or*

3 El Paso v. Arg., §§82

4 El Paso v. Arg., §§80

restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests”⁵, artigo que se revestiria de grande importância na eventualidade de existir uma crise económica ou social que forçasse o governo argentino a introduzir alterações legislativas que, eventualmente, contendessem com as obrigações emergentes dos contratos celebrados com base neste *BIT*.

Após a introdução e implementação das alterações legislativas e económicas que já analisámos, a situação económica do país melhorou bastante, nomeadamente entre os anos de 1991 e 1998. Para além da modernização e maior eficiência de sectores importantes, como o da electricidade e gás, o Produto Interno Bruto (PIB) do país teve um aumento médio de 6% e deram entrada capitais estrangeiros no país. No entanto, a partir de 1999, o Fundo Monetário Internacional (FMI) começou a notar sinais de deterioração, motivados por factores internos e externos⁶. Apesar da assistência financeira providenciada por este organismo, a verdade é que a economia argentina não dava sinais de recuperação e, no final de 2001, deu-se uma massiva corrida aos bancos, com depósitos esvaziados, num claro sinal de pânico, o que levou à emanção do Decreto 1570/01, que restringia os levantamentos bancários e as transferências internacionais. A tensão aumentava nas ruas, com violentas manifestações que resultaram em algumas mortes e na demissão do Presidente Fernando de la Rúa. Na verdade, num período de menos de 15 dias (de 20/12/2001 a 02/01/2002), passaram pela presidência da Argentina cinco presidentes diferentes, o que confirma a ideia transmitida pelo Governo Argentino, na oposição elaborada no âmbito deste caso, de que o país “parecia estar na iminência de uma situação de anarquia e abismo”⁷. A crise económica, patenteada por uma descida de 10% do PIB em 2002, por uma inflação de 40% em 2002, por uma taxa de desemprego acima dos 20% e por um alarmante número de 55% da população a viver abaixo do limiar de pobreza, levou a que as Nações Unidas (ONU), numa decisão sem precedentes na sua história, tivessem reduzido as obrigações da Argentina enquanto membro da organização. Assim, exigia-se que surgissem alterações do ponto de vista legislativo por forma a responder a esta situação que devastava o país do ponto de vista económico, social e político e que viriam a originar esta acção intentada pela *El Paso*.

Através da Lei de Emergência Pública nº 25.561 de 6 de Janeiro de 2002, o

5 BIT Argentina – USA (<https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>)

6 *El Paso v. Arg.*, §§89

7 *El Paso v. Arg.*, §§91

governo argentino, para além de congelar depósitos bancários e introduzir limitações cambiárias, aboliu a paridade entre o dólar americano e o peso argentino nas obrigações de algumas empresas, converteu as obrigações em dólares americanos para pesos a uma taxa de 1:1, numa medida conhecida como “pesificação”, eliminou outras cláusulas de ajuste estabelecidas em dólares americanos nos sectores eléctricos e impôs retenções nas exportações de hidrocarbonetos. Posteriormente, o Governo transferiu largas quantias de dinheiro do sector energético para o sector bancário que se encontrava especialmente afectado pela crise, o que motivou a *El Paso* a clamar uma violação do princípio de não discriminação⁸. Como já referimos, o Decreto nº 310/2002 impôs uma retenção entre 20% e 16,67% (de acordo com a argumentação diversa das partes) nas exportações de crude que aumentaria para 25%/20% em Maio de 2002. Esta medida, aliada à “pesificação” que também atingiu este sector da economia, conduziu a uma deterioração das condições económicas para os investidores estrangeiros, com a *El Paso* a iniciar em 2003 um processo de venda das suas acções nas empresas argentinas, com base na destruição do valor dos seus investimentos, devido às medidas implementadas pelo governo argentino, acusação à qual o governo argentino respondeu, alegando que estas vendas se baseavam numa decisão estratégica da empresa com vista a aumentar a liquidez, tendo para isso a *El Paso* procedido à venda de investimentos a nível mundial e não apenas no território argentino.

Assim sendo e perante esta situação, a *El Paso* pediu que o Tribunal declarasse a violação do *BIT* por parte da Argentina, bem como a condenação do país no pagamento de todos os danos que a companhia sofreu, acrescidos de juros trimestrais até à data da decisão bem como o pagamento de todos os custos associados a este processo de arbitragem⁹.

Começando pela lei aplicável, processo que analisaremos adiante, quando afluirmos as particularidades das arbitragens de investimento, o *ICSID*, apoiando-se em decisões precedentes, referentes a casos envolvendo a Argentina (mas não só), decidiu aplicar o *BIT*, a lei Argentina e o Direito internacional, sempre que fosse pertinente, ressaltando este Tribunal a importância do direito internacional costumeiro para clarificar os termos de aplicação do *BIT* e para estabelecer uma base que permita definir como classificar e regular os investimentos¹⁰. A discussão deste caso começou

8 *El Paso v. Arg.*, §§95-96

9 *El Paso v. Arg.*, §§121

10 *El Paso v. Arg.*, §§123

precisamente por definir aquilo que poderia ser considerado investimento ou não para efeitos da decisão, tendo o Tribunal, depois de pesar os argumentos das partes, concluído que o investimento que se poderia considerar protegido eram “as acções, todas as acções mas apenas as acções”¹¹, negando deste modo a pretensão da empresa norte-americana de ver a base de protecção aumentada, vendo protegidos direitos resultantes das concessões e dos contratos celebrados bem como os investimentos feitos no país.

Passando à decisão, convinha ao *ICSID* resolver duas questões à partida, determinar quais os direitos que a *El Paso* considerava terem sido violados e esclarecer algumas questões referentes aos *standards of protection* (níveis de protecção) oferecidos pelo *BIT*, visto que decisões anteriores de tribunais do *ICSID* tinham ajudado a criar alguma confusão quanto aos interesses e direitos que cada um desses *standards* pretendia proteger. Começando pelos interesses violados, no sector dos hidrocarbonetos, a companhia norte-americana alega a violação do direito de efectuar exportações sem estar sujeito ao pagamento de taxas ou retenções, a violação do direito de livre exportação bem como do direito de efectuar as transações e investimentos em dólares, fruto da “pesificação” levada a cabo pelo governo argentino¹². Quanto à segunda questão, o *BIT* previa nos artigos II(2)(a) e (b) e IV(1) os níveis de protecção ao investimento estrangeiro.

“2. a) *Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.* b) *Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments. For the purposes of dispute resolution under Articles VII and VIII, a measure may be arbitrary or discriminatory notwithstanding the opportunity to review such measure in the courts or administrative tribunals of a Party.*”

Artigo II(2)(a)(b) BIT EUA-Argentina 1991

¹¹ *El Paso v. Arg.*, §§214

¹² *El Paso v. Arg.*, §§220

“1. Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization ('expropriation') except for a public purpose; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II.”

Artigo IV(1) BIT EUA-Argentina 1991

Em contenda estão, na opinião do Tribunal, dois *standards* de protecção diferentes, o *fair and equitable treatment (FET)*, que pode ser traduzido como tratamento justo e equitativo e o *full protection and security (FPS)* que pode ser traduzido como plena protecção e segurança. Aponta o Tribunal que em decisões passadas, como no caso *Azurix Corporation contra a República da Argentina*, não foi feita qualquer distinção entre estes dois princípios, tendo-se concluído que a violação de um acarretava a violação do outro¹³. O Tribunal aponta ainda outro exemplo da não distinção destes standards por parte dos tribunais, aplicados de forma aglomerada, como sucedeu no caso *Noble Ventures*¹⁴. Os juízes do *ICSID* nesta decisão discordam destes entendimentos e defendem que os standards devem ser autonomizados bem como as situações que acarretam as violações dos mesmos. Assim, na opinião do Tribunal, o *standard FET* existe para garantir que em situações nas quais ocorram interferências, ainda que estas não possam ser qualificadas como violações, se nenhum *standard* mais preciso e eficaz oferecer protecção ao investidor, este tenha, através do *FET* uma última oportunidade de ver os seus direitos repostos e/ou reparados¹⁵. Resolvidas estas questões, o Tribunal decidiu partir para a análise das questões fulcrais com vista à decisão desta contenda, sendo que de forma bastante organizada e eficaz, na nossa opinião, decidiu elencar as questões a analisar da seguinte forma: (i) se existe ou não uma expropriação indirecta; (ii) se existe um tratamento arbitrário ou discriminatório; (iii) se existe uma violação do *standard FET*; (iv) se existe uma violação do *standard FPS* e por último, na eventualidade de existirem violações, se estas podem ser

13 *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Award of 14 July 2006, §§408

14 *Noble Ventures v. Romania* (ICSID Case No. ARB/01/11), Award of 12 October 2005, §§182

15 *El Paso v. Arg.*, §§230

justificadas pela Argentina ao abrigo de um estado de necessidade. Daremos conta, de forma breve, dos argumentos das partes e dos motivos que conduziram à decisão tomada pelos juízes do *ICSID*.

Começando por fazer uma análise a uma eventual situação de expropriação indirecta, este Tribunal partilha, desde logo, quais os requisitos que devem estar cumpridos para que se possa falar de uma situação de expropriação indirecta, começando por afirmar que disposições de carácter geral podem dar origem a expropriações indirectas. No entanto, tal só acontece se as disposições forem injustificadas, pelo que estamos perante um regime excepcional. O Tribunal cria uma bifurcação através da qual analisará a existência ou não de uma situação de expropriação indirecta, sendo o primeiro caminho o das disposições gerais aplicadas e o segundo o das medidas de carácter fiscal implementadas pelo governo argentino. No que concerne às primeiras, os juízes do *ICSID* começaram por fazer um apanhado do entendimento dominante na jurisprudência e na doutrina que, regra geral, considera que disposições de carácter geral não conduzem a uma situação de expropriação, tal como é afirmado, de forma clara, na decisão *Saluka*, uma arbitragem de investimento da *UNCITRAL* baseada num *BIT*, na qual se afirma que “um Estado não fica sujeito ao pagamento de uma compensação a um investidor estrangeiro quando, no normal exercício dos seus poderes de regulação, adopte de forma não discriminatória medidas de boa fé que visem o bem público”¹⁶. No entanto, afirma o Tribunal, que na eventualidade de existirem medidas, ainda que gerais, que sejam desproporcionais ou discriminatórias, estas são passíveis de resultarem em situações de expropriação indirecta. Para que isso exista é necessário que pelo menos uma das características dos direitos de propriedade seja retirada da esfera jurídica do seu detentor, o que normalmente se traduzirá na “perda por parte do proprietário da possibilidade de fazer uso dos seus direitos económicos”, sendo que nos casos de expropriação indirecta, a condição *sine qua non* é a perda do controlo sob o investimento estrangeiro, visto que não há qualquer subtracção física como normalmente sucede nos casos de expropriação *strictu sensu*¹⁷, com o Tribunal a considerar, de “forma consistente com a jurisprudência dominante”, que para existir uma expropriação, o investidor deve ser impedido de usufruir não só dos benefícios bem como do uso do investimento, não bastando que uma mera perda de valor do investimento, sem que o controlo do mesmo se revele afectado,

16 *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award of 17 March 2006, §258

17 *El Paso v. Arg.*, §§245

seja suficiente para a existência de uma situação de expropriação indirecta. Assim, os juízes deste caso negam em primeira análise, uma situação de expropriação directa bem como indirecta, em função destas disposições gerais, já que as medidas adoptadas pelo governo argentino não só não privaram a *El Paso* de usar e beneficiar do seu investimento, como ainda lhe permitiram continuar a lucrar durante o período da crise, conclusão sustentada pelo aumento dos benefícios da *CAPSA* em 2003, no valor de 111 milhões de pesos argentinos. A única possibilidade de se falar em expropriação indirecta neste caso era se a mesma tivesse ocorrido através das medidas de carácter fiscal tomadas pelo governo argentino para responder à crise de 2001/2002, nomeadamente através das retenções no valor das exportações de hidrocarbonetos, através das restrições às deduções fiscais e na falta de esforços por parte do governo argentino para proteger os investidores da desvalorização do peso¹⁸, isto tudo através da relação estabelecida entre estas medidas e o Artigo XII do *BIT* celebrado entre os dois países.

1. With respect to its tax policies, each Party should strive to accord fairness and equity in the treatment of investment of nationals and companies of the other
2. Nevertheless, the provisions of this Treaty, and in particular Article VII and VIII, shall apply to matters of taxation only with respect to the following:
 - (a) expropriation, pursuant to Article IV;
 - (b) transfers, pursuant to Article V; or
 - (c) the observance and enforcement of terms of an investment agreement or authorization as referred to in Article VII(l)(a) or (b), to the extent they are not subject to the dispute settlement provisions of a Convention for the avoidance of double taxation between the two Parties, or have been raised under such settlement provisions and are not resolved within a reasonable period of time.

Article XII BIT EUA-Argentina

No entendimento do Tribunal, este artigo oferece aos Estados uma ampla margem de manobra na aplicação de medidas fiscais, matéria que é efectivamente da sua soberania e que constitui um importante mecanismo de obtenção de receita para

18 *El Paso v. Arg.*, §§281

qualquer economia, mas, simultaneamente, impede o Estado de ser injusto e desigual na aplicação destas medidas¹⁹. Analisando o impacto real das medidas fiscais nos investimentos da *El Paso* em território argentino, o Tribunal considera que uma vez mais não resultaram numa neutralização do investimento ou dos direitos de propriedade da empresa norte-americana.

Resolvida que está a primeira das cinco questões, os juízes do *ICSID* analisaram de seguida um eventual tratamento discriminatório ou arbitrário por parte do governo argentino, em violação do disposto no Artigo II(2)(b) do *BIT*. O principal argumento formulado pela *El Paso* foi o de que o governo argentino pretendia, com as suas medidas, “beneficiar outros sectores da economia à custa das companhias de energia”. O governo argentino defendeu-se com a ideia de que as suas medidas, para serem discriminatórias, teriam que preencher dois requisitos, o de causarem danos aos investimentos estrangeiros e a existência de intenção de causar esse dano. Este argumento foi de pronto repudiado pelo Tribunal, baseando-se numa decisão do *ICSID* (*Goetz v. Burundi*) e na opinião do Professor Kenneth Vandeveldt que defendeu que para afirmar a existência de um efeito discriminatório basta que exista uma situação discriminatória (afasta, portanto o carácter doloso) que, tal como vertido no acórdão acima mencionado, “supõe a aplicação de um tratamento diferenciado a pessoas que estejam em situações semelhantes”. No entanto e apesar deste reparo à argumentação argentina, os juízes deste Tribunal discordam igualmente da posição da empresa norte-americana, já que apesar de ter transferido verbas do sector energético, maioritariamente estrangeiro, para o sector bancário, maioritariamente argentino, esta transferência não constitui uma atitude discriminatória, já que o governo argentino apenas pretendeu compensar o sector bancário que saiu prejudicado com a “pesificação” operada pelo governo argentino. Assim, no referente à segunda questão a decidir, os juízes do Tribunal negaram a existência de uma discriminação dos investimentos norte-americano, quer *de facto* quer *de jure*²⁰.

No que diz respeito à terceira questão, referente à violação do *standard* de protecção *FET* previsto pelo artigo II (2)(a) do *BIT* que estatui que “ao investimento deve ser atribuído, em todos os momentos, um tratamento justo e equitativo”, o Tribunal antes de proceder à verificação da existência ou não de uma violação, quis

19 *El Paso v. Arg.*, §§290

20 *El Paso v. Arg.*, §§316

resolver duas questões importantes relacionadas com este princípio, a de saber qual a relação deste *standard* com o direito internacional e a de determinar o seu conteúdo e o seu âmbito de aplicação. A primeira questão a resolver reveste-se de alguma importância, tendo em conta a jurisprudência existente, já que o *ICSID* tem decidido a questão de forma contraditória ao longo dos tempos, nomeadamente no que toca a saber se o *standard FET* providencia uma protecção maior (posição do já citado acórdão *Azurix*) ou semelhante à do *standard* mínimo de protecção oferecido pelo direito internacional (posição do acórdão *CMS*). No entanto, o Tribunal considera esta discussão algo “inútil”, visto que o importante é saber quais os valores protegidos por este *standard FET*, apesar de acabarem por concordar com a formulação do acórdão *CMS* que defende a interpretação do *standard FET* com referência ao direito internacional, devendo ser equiparado ao *standard* mínimo de protecção, e não em relação à lei nacional, o que resultaria numa diminuição do grau de protecção do mesmo. Quanto ao seu âmbito de aplicação e ao seu objectivo, o conceito não se encontra enraizado e tem sido aplicado de formas diferentes pelos Tribunais Arbitrais, com os juízes do *ICSID* a decidirem-se por fazer uma compilação das diferentes concepções de *FET* surgidas através das decisões, seja a “obrigação de um Estado de adoptar um comportamento proactivo em favor do investimento estrangeiro” (acórdão *MTD*), seja a “expectativa que o investidor estrangeiro tem de que o Estado hóspede aja de forma consistente, ou seja, que não anule ou revogue, de forma arbitrária, decisões ou permissões anteriormente concedidas” (acórdão *Tecmed*), seja a obrigação dos Estados “de não alterarem o ambiente legal e económico no qual o investimento foi feito” (acórdão *Occidental*) ou ainda a visão dos Tribunais em alguns casos que envolveram a República da Argentina, de que é desejável que “seja mantido um enquadramento legal estável para os investimentos e que permitam um uso dos recursos económicos” (acórdão *CMS*). Apesar da vasta lista de entendimentos diferentes oferecidos pelas decisões do *ICSID* a este *standard FET*, as expectativas legítimas dos investidores são constituem um denominador comum a todas estas definições. E é este o entendimento deste Tribunal, ainda que considere que as expectativas legítimas dos investidores devam ser analisadas de forma objectiva²¹, não requerendo, por exemplo, a existência de má fé por parte do Estado, entendimento seguido na maioria dos casos acima referidos. E mais importante nesta análise ao conceito de legítimas expectativas

21 *El Paso v. Arg.*, §§356

está o princípio de que “as legítimas expectativas são passíveis de variar consoante as circunstâncias de cada caso”²², tal como foi afirmado na decisão *Noble Ventures*. Assim e no caso em análise, a alteração do panorama político e económico na Argentina não implica que se alterem as expectativas de qualquer investidor, primeiro porque “estabilidade económica não pode constituir uma legítima expectativa de qualquer actor económico” e porque “é inconcebível que qualquer Estado aceite que, em virtude da assinatura de qualquer *BIT*, não poderá fazer alterações em elementos legislativos que possam ter um impacto negativo nos investidores estrangeiros”, pelo que entende o Tribunal que “o *standard FET* não pode ser usado para assegurar a imutabilidade de uma ordem jurídica”²³, até porque isso seria contrário aos objectivos de qualquer Estado, o de proteger a sua sustentabilidade e a da sua população. No entanto, o entendimento que deve ser dado a este *standard FET* é o de que não haverá alterações que não sejam justificadas “por razões de natureza económica, social ou qualquer outra”, pelo que a existirem alterações estas terão de ser feitas com “razoabilidade e proporcionalidade”, o que é um garante de que o investidor estrangeiro será tratado de forma justa.

Uma vez mais temos de elogiar este Tribunal, já que não se limitou a procurar averiguar uma eventual violação do *standard FET*, conseguindo para além disso, de forma bastante meritória, consagrar uma boa definição do conteúdo e aplicação do *standard FET*, compilando e adaptando o melhor das definições extraídas de decisões anteriores do *ICSID*, contribuindo assim para uma salutar uniformização daquele que deve ser o entendimento deste princípio. Assente esta questão, cabia decidir se tinha havido ou não violação do *standard FET* por parte do governo argentino através das medidas aplicadas no sector dos hidrocarbonetos. Antes de mais, a *El Paso* como actor no plano económico internacional deveria ter consciência, no momento em que efectuou o investimento de que poderiam ocorrer eventuais alterações económicas que conduziram a alterações legislativas, ainda para mais tendo este ocorrido na sequência da primeira abertura por parte do sector ao investimento estrangeiro. Aliás, tal como o governo argentino avançou na sua argumentação, “tratados bilaterais não são bons seguros comerciais ou meios de protecção contra situações de crise”. No entanto a questão diferente desta é saber se, ainda assim, as medidas tomadas pelo Governo argentino excederam os seus poderes normais e aquilo que constituíam as legítimas

22 *El Paso v. Arg.*, §359

23 *El Paso v. Arg.*, §§366-368

expectativas dos investidores. O tribunal considera que as restrições ao direito de exportação, a criação de um direito de retenção quanto às exportações e a “pesificação” do sector dos hidrocarbonetos não constituíam violações do *standard FET*²⁴ mas, faz notar o Tribunal, esta análise é feita *in isolation*, já que apesar desta conclusão inicial, o Tribunal entende que se deve analisar também o efeito cumulativo destas medidas nos investimentos realizados pela empresa norte-americana e se estas, analisadas em conjunto, não terão contribuído para a venda das posições que a *El Paso* detinha no país. Este processo de vendas desenrolou-se em duas fases, a primeira em Junho 2003 e a segunda em Outubro de 2003. Na primeira fase, a empresa vendeu as suas participações na *CAPSA*, *CAPEX SERVICIOS* e na segunda, em Outubro acabou por vender a sua participação na empresa *Costanera*, sendo estas vendas relevantes para o Tribunal saber se as medidas argentinas influíram ou não na decisão de venda. Não era segredo nenhum que a empresa *El Paso* tinha problemas de liquidez desde 2001, problemas esses afluídos nos sucessivos Relatórios e Contas da empresa. No entanto, o valor recebido pela venda das participações nas empresas argentinas foi tão marginal (33 milhões de dólares americanos) que, se o objectivo fosse resolver os problemas de liquidez, então seria mais indicado “a empresa desinvestir no sector energético brasileiro”, onde possuía investimentos avaliados em 2 mil milhões de dólares americanos²⁵. Outra ideia avançada pelo Governo argentino para refutar a argumentação da empresa é o facto de a empresa querer focar-se no seu *core business* e como tal vender as suas participações em empresas que estivessem fora desse núcleo. No entanto, o Tribunal, ainda que considere a venda das participações nas empresas *SERVICIOS* e *Costanera* (aquela cuja percentagem detida era mais residual) consistentes com esse intento, considera que a venda das participações nas empresas *CAPSA* e *CAPEX* contrariavam claramente o objectivo assumido pela empresa. E se é verdade que a empresa procedeu à venda de participações em empresas, um pouco por todo o mundo, o valor obtido com as empresas argentinas (33 milhões num universo de 3,3 mil milhões de dólares americanos), leva a que se afaste o argumento de que a intenção era melhorar a liquidez da empresa, até porque o timing da venda, 2003, apenas ano e meio após a entrada em vigor das medidas tomadas pelo governo argentino, transmite a ideia de que estas “medidas foram, ainda que não a única, certamente a razão principal para as

24 *El Paso v. Arg.*, §§439; §449; §458

25 *El Paso v. Arg.*, §§493

vendas realizadas pela *El Paso* em 2003”²⁶.

Assim, ainda que individualmente cada uma destas medidas não possa ser vista como violadora do *standard FET*, o seu efeito cumulativo pode de facto resultar numa situação de violação desse *standard*, entendimento que já havia sido defendido noutros casos (casos *Société Générale*, *LCIA Case*) e como corroborado pelo entendimento no *ICSID* no caso *LG&E*, que analisando as mesmas medidas que originaram este caso, concluiu que o governo argentino “foi longe demais ao dismantelar por completo o enquadramento legal criado para atrair investimento estrangeiro”. Assim, houve de facto uma violação do *standard FET* por parte do Governo Argentino²⁷.

Aqui chegados, cabia apenas analisar mais duas questões, se houve uma violação do *standard* de *Full Protection and Security (FPS)* e se, à luz do *BIT*, poderia haver uma justificação ao abrigo de um “estado de necessidade” por parte do governo argentino. Quanto à primeira questão, o tribunal resolveu-a de forma relativamente simples. Perante o argumento, por parte da empresa *El Paso*, de que este *standard* visava não só a segurança física, mas também a segurança resultante da existência de um dado enquadramento jurídico-legal, o Tribunal concordou com o contra-argumento do governo argentino de que este *standard* visa proteger os investidores de actos de terceiros e não de actos do próprio Estado como aqui sucedeu²⁸.

Por fim, restava ao Tribunal aferir se poderia existir uma eventual desculpabilização das violações cometidas pelo governo argentino em função de um eventual estado de necessidade, motivado pela crise de 2001/02 e pelas suas repercussões económicas e sociais. O artigo IV(3) do *BIT* celebrado entre os EUA e a Argentina impõe a obrigação de, na eventualidade de um estado de necessidade, o investidor estrangeiro ser tratado da mesma forma que os nacionais desse país. E o artigo XI estatui que a celebração do Tratado não afasta a possibilidade de o Estado tomar medidas que permitam manter a ordem pública e a protecção dos seus interesses essenciais. É esta a linha de defesa apresentada pelo Governo argentino. No entanto, o Tribunal considera que para que a Argentina consiga afastar a ilicitude das violações cometidas através deste artigo XI terá que ser provado que não teve qualquer responsabilidade na situação de crise vivida em 2001/02. Nesse sentido, a requerente *El Paso* apresentou o relatório de um perito em macro-economia, o Professor Sebastian

26 *El Paso v. Arg.*, §§507

27 *El Paso v. Arg.*, §§519

28 *El Paso v. Arg.*, §§524

Edwards, no qual este conclui que a crise de 2001/02 foi, de certa forma, “auto-induzida”, na medida em que na opinião deste catedrático, os sucessivos governos argentinos falharam na missão de efectuar as necessárias reformas estruturais, nomeadamente ao nível da política monetária. O Professor Edwards apresenta as grandes necessidades e os grandes pecados da economia argentina no período pré-crise, apontando como o principal pecado dos sucessivos governos argentinos o facto de não terem aproveitado os anos bons da economia argentina, entre 1992 e 2000, nos quais houve um franco aumento do PIB devido, em parte, à abertura do país ao investimento estrangeiro, para implementar as reformas que o país necessitava do ponto de vista económico, para além de terem incorrido em algum populismo que se viria a revelar fatal no que diz respeito a algumas decisões, sendo apontado como exemplo o facto de o governo argentino ter, em 2001, na antecâmara da crise, adiado alguns importantes ajustamentos fiscais para depois das eleições, a realizar em Outubro desse ano. Assim e na opinião do Tribunal, fica claro que a crise argentina foi provocada “tanto por factores internos como externos”, com a maioria do Tribunal a considerar que os executivos argentinos falharam na missão de controlar alguns factores internos, nomeadamente a acumulação do défice no sector fiscal e a rigidez do mercado de trabalho, pelo que não se pode negar a responsabilidade do governo argentino nesta situação de crise e assim, afasta-se a aplicação do artigo XI²⁹. No entanto, a Professora Brigitte Stern, juíza do *ICSID* para este caso, não concorda que tenha ficado provada a culpa da Argentina nesta situação de crise e que por outro lado é inegável e ficou provada a necessidade das medidas tomadas pelo governo argentino para “impedir que a crise se tornasse em anarquia e desintegração social e que constituíram um meio apropriado para ultrapassar a situação de caos”³⁰. No entanto, apesar desta opinião dissonante, a maioria dos juízes decidiu-se pela culpa da Argentina na crise vivida em 2001/02.

Assim, restava saber quais os danos causados pela Argentina à empresa *El Paso* no âmbito da violação ocorrida ao *standard FET*. Para isso, o Tribunal decidiu seguir o exemplo de outros tribunais de investimento e aplicar o teste da causalidade para aferir se existe uma verdadeira ligação entre o dano e a violação ao tratado, concluindo que segundo esse teste, existe uma relação causal entre as medidas do Governo argentino e a perda de valor dos investimentos da *El Paso* em solo argentino. Com vista a determinar o valor da indemnização, o Tribunal seguiu os exemplos praticados em outros casos que

29 *El Paso v. Arg.*, §§655

30 *El Paso v. Arg.*, §§669

envolveram a Argentina, aplicando o critério do *DCF*³¹, que explicaremos mais à frente. Assim, o *ICSID* decidiu condenar o Governo argentino ao pagamento de 43.03 milhões de dólares americanos, acrescidos de juros semestrais desde 1 Janeiro de 2002 até à data do pagamento e cada Parte deveria pagar as respectivas despesas, bem como dividir de forma equitativa os custos com o Tribunal formado pelo *ICSID*.

1.1 A importância do caso *El Paso* para o direito internacional autónomo

Depois de analisarmos a decisão e a sua fundamentação, é importante analisar em que medida é que esta decisão valoriza o direito internacional autónomo, tanto aquele que se aplica ao sector comercial (*lex mercatoria*) como aquele que é aplicável ao sector petrolífero (*lex petrolea*).

O primeiro factor a ressaltar é o facto de o direito internacional ter sido aplicado juntamente com a lei argentina e o *BIT* celebrado entre os dois países. A importância que este Tribunal dá ao direito internacional é reforçado várias vezes ao longo da decisão, com o Tribunal a reafirmar uma ideia surgida na decisão do caso *CMS*, que também envolveu a Argentina, e que conclui que “esses tratados [*BITs*] e em particular a Convenção do *ICSID* devem ser aplicadas como *lex specialis*” e que actualmente essa *lex specialis* evoluiu de tal forma que deve ser vista como “*general rule*”³².

Para além deste aspecto importante, esta decisão, como já fomos antevendo ao longo da nossa exposição, valoriza bastante a jurisprudência. Para além das decisões que envolveram a Argentina (*Azurix*, *LG&E*, *Enron and Ponderosa Asssets*, *Siemens*, *CMS*, *Lanco International, Ltd.* e *Pan American Energy*), o Tribunal cita ainda outras decisões (*Maffezini v. Spain*, *Goetz v. Republic of Burundi*, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, entre outras)³³, mostrando a importância de analisar entendimentos anteriores, demonstrando o Tribunal a preocupação de procurar fazer mais do que se limitar a replicar aquilo que já foi dito por outros juízes, ponderando essas mesmas decisões e a sua aplicabilidade ou não ao caso a decidir. O Tribunal chega a contrariar entendimentos anteriores ou, pelo menos, concretiza-os de forma diversa, tal como fomos dando conta. Para além da importância dada ao chamado “*case law*”, o facto de o Tribunal na sua decisão afirmar que a mais clara e forte afirmação, extraída da decisão do caso *Saluka*, em relação ao princípio da expropriação indirecta é a de que “se

31 *El Paso v. Arg.*, §§703

32 *El Paso v. Arg.*, §§209 -210

33 *El Paso v. Arg.*, §§205

encontra estabelecido no direito internacional que os Estados não ficam obrigados ao pagamento de uma compensação a um investidor estrangeiro quando, no normal exercício do seu poder de regulação, adoptam de forma não-discriminatória regulamentações *bona fides* que visem o bem da comunidade”³⁴, só vem comprovar a importância do direito autónomo e das regras por este criadas, de aplicação cada vez mais frequente.

Outra das grandes “vitórias” para o direito autónomo ao longo desta decisão é o facto de o Tribunal, aquando da análise de uma eventual possível aplicação do instituto do estado de necessidade e, mais concretamente, se a Argentina teve ou não responsabilidade na situação de crise que viveu, citar os Princípios UNIDROIT, definindo-os, através da citação de uma obra de M.J.Bonell³⁵ como “uma espécie de reafirmação internacional do direito dos contratos, refletindo quais as regras e princípios aplicados pela maioria dos sistemas legais nacionais”. No capítulo IV, referente à *lex mercatoria*, analisaremos a forma como o Tribunal aplicou os princípios UNIDROIT, aos quais o Tribunal atribuiu o papel de verdadeira fonte de Direito.

Por fim, de referir que na fundamentação da sua decisão e no que diz respeito às condições requeridas para se falar numa expropriação no sector petrolífero, o Tribunal suporta a sua análise no caso *Kuwait v. Aminoil*³⁶, um caso que se vai revestir de grande importância numa fase mais adiantada da nossa exposição, visto ser a primeira referência jurisprudencial à *lex petrolea*.

II – Breve abordagem às regras da arbitragem de investimento

A arbitragem constitui um meio alternativo para a resolução de litígios que encontra consagração constitucional na grande maioria dos países, com Portugal a fazer parte desse lote (artigo 202º, número 4 da CRP). Utilizando as palavras da Professora Mariana França Gouveia, “a arbitragem pode ser definida como um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros”, classificando a arbitragem como um meio de resolução de litígios de tipo adjudicatório, visto o litígio ser “decidido por terceiros”, sendo a “decisão vinculativa

34 El Paso v. Arg., §§239-240

35 BONELL, Michael Joachim – *An International Restatement of Contract Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. New York, 2005

36 El Paso v. Arg., §§297

para as partes”. À arbitragem são reconhecidos efeitos jurisdicionais, já que “não só a convenção arbitral gera um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e a consequente falta de jurisdição de tribunais comuns, como também a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva”³⁷. Ainda com base nas palavras da mesma autora, é importante distinguir dois tipos de arbitragem, a institucionalizada, que se realiza “numa instituição arbitral (centro, câmara) com carácter de permanência, sujeita a um regulamento próprio” e a *ad hoc* cujo “tribunal é constituído específica e unicamente para um determinado litígio”, extinguindo-se após o proferimento da decisão arbitral³⁸. Exemplo claro do primeiro tipo de arbitragem são as arbitragens do *ICSID*, que gozam de um carácter de permanência e que se encontram reguladas pela Convenção do *ICSID*, tendo sido nestas condições que foi dirimido o litígio entre a *El Paso* e a Argentina que já analisámos em lugar próprio.

As características típicas da arbitragem fazem com que este meio de resolução de litígios se revele bastante adequado para os casos de investimento, nascendo assim a arbitragem de investimento da qual o *ICSID* se ocupa. Estes investimentos são fortemente vulneráveis às influências e interferências dos Estados que os acolhem, já que em quase todos os casos existe uma dicotomia entre as duas partes, “os Estados ou entes públicos autónomos” e a “empresa estrangeira” que afecta os seus “meios produtivos a uma actividade económica no território do Estado de acolhimento”³⁹. O que daqui resulta é que o Estado apesar de possuir os recursos naturais, não dispõe das condições financeiras, humanas ou tecnológicas necessárias para assegurar uma exploração e rentabilização adequada desses recursos, necessitando, portanto, que uma empresa “estrangeira” supra essa(s) necessidade(s). No entanto, esta empresa procurará obter por parte do Estado de acolhimento algumas garantias, no sentido da manutenção do enquadramento legal e económico no qual foi celebrado o contrato, de modo a conseguir operar com estabilidade e segurança. Para além desta pretensão, é ainda normal que o investidor estrangeiro almeje obter uma garantia de que no caso de ocorrer um litígio o mesmo será resolvido por um terceiro, imparcial. E é igualmente normal que um Estado de acolhimento aceda a esta pretensão, como forma de atrair os seus

³⁷ GOUVEIA, Mariana França - *Curso de resolução alternativa de litígios*, Coimbra, 2014 p. 119

³⁸ Idem, pág. 123

³⁹ PINHEIRO, Luís de Lima - “Introdução à arbitragem de investimento no setor da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolanas”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, 2015, p. 18

investidores⁴⁰.

Ora, atendendo a todas estas vontades díspares, mas ainda assim complementares, surgiu em força nos anos 90 a figura dos *BIT*, os tratados bilaterais de investimento, de celebração mais facilitada por comparação com os tratados multilaterais de investimento até então em voga. Foi com base num *BIT* que surgiu o litígio entre a *El Paso* e a Argentina, como vimos.

Segundo o Professor Dário Moura Vicente, estes tratados “compreendem duas partes. Na primeira, contém-se um certo número de regras substantivas de protecção dos investimentos estrangeiros, entre as quais avultam: a) a proibição de expropriações e nacionalizações sem indemnização adequada; b) o direito a um tratamento justo e equitativo; c) a proibição de matérias arbitrárias ou discriminatórias; d) a livre transferência de fundos relacionados com os investimentos; e) a cláusula da nação mais favorecida. Na segunda, os Estados contratantes dão o seu consentimento à resolução pela via arbitral de quaisquer litígios futuros relativos a investimentos realizados no seu território por nacionais do Estado contratante (...)”⁴¹.

A 18 de Março de 1965, na Convenção de Washington, com o “nome completo” de Convenção para a Resolução de Diferentes Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, foi instituído o *ICSID*, um centro de arbitragem destinado a dirimir litígios decorrentes de investimentos realizados. Através da leitura do Professor Tiago Duarte ao artigo 25º, número 1 da Convenção do *ICSID*, que Portugal ratificou em Abril de 1984⁴², percebemos que para existir uma arbitragem *ICSID* “é necessário que haja (i) um litígio com contornos jurídicos, (ii) que tenha na base um investimento realizado por um nacional de um Estado Contratante, (iii) que esse litígio oponha um investidor de um Estado contratante a um Estado (ou outra entidade pública) de outro Estado Contratante, sendo ainda necessário que (iv) ambas as partes tenham dado o seu consentimento por escrito a que o litígio seja dirimido com recurso à arbitragem *ICSID*”⁴³.

Apesar das soluções inovadoras e de certa forma audazes consagradas na Convenção do *ICSID*, a verdade é que a Convenção não oferece uma definição do que

⁴⁰ VICENTE, Dário Moura - "Arbitragem de investimento: A convenção ICSID e os tratados bilaterais", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, 2011, p. 752

⁴¹ VICENTE, Dário Moura - "Os mecanismos de resolução de litígios entre estados investidores na perspetiva europeia: desenvolvimentos recentes", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, 2014, p. 698

⁴² Decreto-Lei 15/84 de 3 de Abril (Portugal - <http://www.gddc.pt/siii/docs/dec15-1984.pdf>)

⁴³ DUARTE, Tiago - "O consentimento nas arbitragens internacionais (ICSID)", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Coimbra, 2010, p. 548

deve ser considerado investimento no âmbito da convenção, opção que é passível de suscitar alguma surpresa. Na verdade, a tarefa de definir investimento ficou nas mãos dos diversos tribunais criados com base na convenção, que casuisticamente devem decidir o que constitui investimento por partes dos investidores. Como veremos, esta tarefa tem-se revelado mais hercúlea do que seria expectável. Numa decisão arbitral de 2001⁴⁴, um tribunal do *ICSID* criou um teste para determinar a existência ou não de um investimento. Este teste, o *Salini Test*, permitia distinguir um caso de investimento de uma transacção comercial comum, perante o preenchimento dos seguintes requisitos: “a) Um contributo (*apport*) económico do investidor em dinheiro ou outros bens; b) uma certa duração temporal, situada por alguns entre dois e cinco anos; c) a susceptibilidade de gerar lucros ou rendimentos; d) a assunção pelo investidor dos riscos da operação em causa; e) E que o investimento concorra para o desenvolvimento económico do Estado de acolhimento”⁴⁵. A verdade é que apesar das boas intenções e da aplicabilidade deste teste a certos casos, ao contrário do que seria expectável e desejado, este não contribuiu para que fosse atingida uma uniformização do conceito de investimento para o *ICSID*, tendo sido a aplicação deste teste negada de forma veemente por tribunais do *ICSID*, como sucedeu num caso também a envolver a República Argentina, no qual o tribunal considerou que a aplicação do *Salini Test* funcionaria como uma limitação aos objectivos da Convenção e do *BIT* celebrado entre as partes (Itália e Argentina, no caso em questão), com a justificação de que este “tem sido aplicado de forma divergente pelo Tribunal”⁴⁶. No caso *El Paso*, o Tribunal na análise que faz ao que pode ser considerado como investimentos realizados pela *El Paso* em território argentino, não se baseia no *Salini Test* e é, porventura, devido a estes entendimentos jurisprudenciais que o Professor Tiago Duarte define a questão da definição de investimento no âmbito da convenção *ICSID* recorrendo à expressão “*still crazy after all these years*”⁴⁷, já que o *Salini Test* que deveria funcionar como uma espécie de *check list*, capaz de tornar a actuação dos tribunais mais previsíveis, ao negarem a sua aplicação apenas “aos casos que visivelmente se afastassem dos

⁴⁴ *Salini Costruttori SpA and another v. Kingdom of Marocco* (ICSID Case no. ARB/004), Award of 23 July 2001

⁴⁵ VICENTE, Dário Moura – “Arbitragem de Investimento (...)”, p.754

⁴⁶ *Abaclat and Others v. The Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/07/05), Award of 4 August 2011

⁴⁷ DUARTE, Tiago - “O *Salini test* na arbitragem do ICSID: *Still crazy after all these years*”, *Estudos em homenagem a Rui Machete* (Coord. OTERO, Paulo, GOMES, Carla Amado, SERRÃO Tiago), Coimbra 2015, p. 1067

propósitos que estiveram na origem da criação da Convenção”⁴⁸. No entanto, este texto não conseguiu lograr este intento, tendo pelo contrário, a actuação dos tribunais assumido maiores contornos de imprevisibilidade e incerteza.

No entanto e como fizemos questão de ressaltar, não é esta pecha da Convenção que retira o mérito ao legislador da Convenção de Washington que consagrou princípios importantes para a regulação das arbitragens de investimento. A começar pelo artigo 26º que afirma a exclusividade dos meios de resolução da Convenção, visto que o consentimento das partes no sentido de submeter o litígio à arbitragem implica a renúncia aos outros meios jurisdicionais. A convenção estatuiu ainda a sua exclusividade para regular certas matérias, excluindo a aplicação de qualquer lei nacional às seguintes matérias: pedido de arbitragem (artigo 36º), constituição do tribunal arbitral (arts. 37º a 40º), poderes e funções do tribunal arbitral (artigo 41º a 47º), sentença (arts. 48º e 49º), substituição e inibição dos árbitros (arts. 56º a 58º), custas do processo (arts. 59º a 61º) e local onde este decorre (arts. 62º e 63º)⁴⁹, sendo as restantes questões processuais reguladas pelo art. 44º que dá primazia à vontade das partes, com a aplicação subsidiária do Regulamento de Arbitragem do *ICSID* e naquilo que este não preveja, o que for decidido pelo tribunal arbitral.

Quanto ao local onde decorre a arbitragem, importante clarificar que normalmente a escolha deste local não terá “qualquer relação significativa com a relação controvertida, sendo escolhido por razões de comodidade ou oportunidade”⁵⁰, isto se a arbitragem não se realizar em “campo neutro”. Esta ressalva é importante, porque se poderia pensar que o facto de uma arbitragem ter lugar no território de um dado país conduziria a um favorecimento da ordem jurídica desse Estado. É famosa uma decisão, num caso da CCI (nº 2321 de 1976), de um árbitro que confrontado com a interdependência entre os tribunais arbitrais e os tribunais suecos (local da arbitragem) afirmou que “como árbitro não sou representante ou órgão de nenhum Estado”⁵¹.

No que diz respeito às regras aplicáveis ao mérito da causa, provavelmente o maior desafio colocado aos “pais” desta Convenção, o art. 42º, número 1 volta a colocar o foco na lei escolhida pelas partes. Esta opção de privilegiar a autonomia privada das partes faz do contrato “o primeiro factor para determinar o regime jurídico que o

⁴⁸ Idem, p. 1057

⁴⁹ VICENTE, Dário Moura – “Arbitragem de Investimento (...)”, pág 757

⁵⁰ PINHEIRO, Luís de Lima – *Arbitragem Transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra, 2005, p.484

⁵¹ Idem, Ibidem, p. 446

dirige”, já que as partes poderão incorporar no contrato, a escolha do direito (em sentido lato) que pretendem ver aplicado em caso de um eventual conflito⁵². As liberdades concedidas às partes neste âmbito vão ainda mais longe, podendo as mesmas escolher uma lei nacional, o Direito Internacional ou até uma solução híbrida que combine ditames do Direito do Estado de acolhimento com princípios do direito internacional. Para além destas soluções mais tradicionais, as partes podem ainda optar pelos mecanismos de regulação autónoma, como a *lex mercatoria* e a *lex petrolea*, como veremos mais à frente. Como é perceptível, foram colocados amplos poderes à disposição das partes quanto à lei aplicável ao mérito da causa.

No entanto e na eventualidade de as partes não exercerem a sua autonomia privada, a Convenção do *ICSID* prevê que “o tribunal deverá aplicar a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis) bem como os princípios de direito internacional aplicáveis”. Duas notas importantes para as matérias que trataremos em fase mais adiantada. A formulação escolhida pelo legislador da Convenção de Washington (“regras de direito” ao invés de “lei”) será importante para que a *lex petrolea* seja incluída nessa categoria, assim como é igualmente importante para a sua afirmação que a convenção mande atender aos princípios de direito internacional aplicáveis ao caso. Foi precisamente esta a solução consagrada no caso *El Paso*, com a aplicação ao mérito da causa do *BIT*, da lei internacional, para além da lei argentina. Quanto à hierarquia de normas resultante desta norma, o Professor Dário Moura Vicente considera que a mesma consagra uma posição de “primado do Direito Internacional sobre o Direito interno do Estado contratante”⁵³, procurando conciliar o interesse do Estado contratante em não ver o seu direito afastado com o interesse do investidor privado de se proteger em relação a possíveis alterações legislativas que visem prejudicar os seus interesses. O primado do Direito Internacional manifesta-se quando num caso em que haja lugar uma expropriação, se a lei do Estado contratante permitir que esta ocorra sem o pagamento de uma compensação, o tribunal deve atender ao princípio do Direito que impõe o pagamento de uma compensação. Este entendimento teve seguimento jurisprudencial, como atesta o caso *AGIP v. Congo*, uma decisão de 1979 referente a um caso em que o estado congolês decidiu nacionalizar os bens pertencentes à companhia petrolífera italiana, *AGIP*, transferindo-os para uma

⁵² GÁRCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero - "Consideraciones sobre la ley aplicable a los contratos petrolíferos internacionales", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.º 2, Milano, 2009, p. 357

⁵³ VICENTE, Dário Moura – “Arbitragem de Investimento (...)”, pág 757

empresa congoleza, através de um mecanismo legal que o permitia fazer sem que o Estado fosse obrigado à prestação de qualquer quantia a título compensatório. Esse diploma foi considerado pelo Tribunal como incompatível com os princípios do Direito Internacional e o Congo foi obrigado a indemnizar a *AGIP*⁵⁴. Embora o Professor Luís de Lima Pinheiro entenda que o “tribunal deve, primeiro, averiguar a solução perante o Direito do Estado contratante e, em seguida, indagar da sua compatibilidade com o Direito Internacional” e que este último “prevalece em caso de conflito” (entendimento corroborado na decisão *El Paso*⁵⁵), a verdade é que na sua opinião, a competência do Direito Internacional é “condicionante e complementar”, isto porque o Direito Internacional também tem a função de suprir as lacunas do direito do Estado contratante. Assim, podemos concluir que apesar de os dois autores terem uma ideia semelhante quanto à hierarquia resultante do artigo 42º, número 1 da Convenção, o Professor Lima Pinheiro foi mais conservador na expressão escolhida para rotular o papel do Direito Internacional face ao Direito Interno do Estado Contratante⁵⁶. Ainda no que diz respeito aos princípios consagrados pela Convenção do *ICSID*, importa referir o artigo 54º que diz respeito ao reconhecimento automático das decisões do *ICSID* por parte dos Estados contratantes que devem reconhecer a obrigatoriedade da sentença e garantir a sua execução da mesma forma que garantiriam a execução de uma sentença decretada por um tribunal seu.

Para finalizar esta nossa breve viagem pelas características e especificidades da arbitragem de investimento, cabe-nos analisar a relação existente entre os *BIT* e o *ICSID*. A actividade do *ICSID* foi impulsionada pelo surgimento crescente deste tipo de tratados e o *ICSID*, de forma inteligente, utilizou estes tratados para legitimar e facilitar a sua actuação. O caso *Lanco* constitui um exemplo paradigmático desse comportamento, já que nesta decisão de 1998, o Tribunal concluiu que a cláusula de arbitragem constante do *BIT* celebrado entre a Argentina e os EUA em 1991 (o mesmo que estava em causa no litígio por nós analisado) constituía uma oferta pública por parte dos Estados contratantes, dirigida aos investidores do outro Estado contratante de submeter o litígio a arbitragem, bastando a instauração do processo arbitral para que esta oferta fosse aceite. Este entendimento fez escola e foi seguido no caso *LG&E*, que

⁵⁴ *AGIP v. Congo* (ICSID Case no. ARB/77/1), Award of 30 November 1979

⁵⁵ *El Paso v. Arg.*, §140

⁵⁶ PINHEIRO, Luís de Lima - "A Arbitragem CIRD e o Regime dos Contratos de Estado", *Revista internacional de arbitragem e conciliação* (Coord. Pinheiro, Luís de Lima.), Ano I, Coimbra, 2008, p.95

opôs uma empresa de energia norte-americana à República da Argentina, tal como no caso *El Paso*.

No entanto, é importante perceber o alcance desta oferta pública e perceber quais as matérias abrangidas pelo consentimento dos Estados à resolução dos litígios através da arbitragem. É aqui que entram os conceitos de *treaty claims* e *contract claims*. No que diz respeito à competência do *ICSID*, esta compreende as violações às disposições dos tratados (*treaty claims*) mas também as situações que resultem do incumprimento de contratos concluídos pelos Estados ou outros entes públicos ao abrigo destes tratados (*contract claims*)⁵⁷. Excluem-se, à partida, do âmbito de aplicação da Convenção, as disposições puramente contratuais, ou seja, que não digam respeito a contratos celebrados no âmbito do *BIT*. No entanto, segundo alguma doutrina (defendida em Portugal pelo Professor Lima Pinheiro), constituem excepção a esta exclusão do âmbito de aplicação da Convenção, os casos em que ocorra a violação de uma *umbrella clause*, cláusula através da qual os Estados contratantes se comprometem a cumprir as obrigações assumidas perante os investidores do outro Estado parte no BIT. Acontece que na opinião de alguma doutrina, a existência de uma cláusula deste tipo seria capaz de transformar uma “mera” violação contratual numa violação do *BIT*, o que “atiraria” estas violações para a alçada do *ICSID*, órgão responsável por dirimir os conflitos que envolvam *treaty claims*⁵⁸. Com a proliferação dos *BITs* e com um maior número de casos a ser decidido pelo *ICSID*, a polémica em torno das *umbrella clauses* adensou-se, com o exemplo da decisão do caso *CMS v. Argentina*, no qual o tribunal considera que uma cláusula deste tipo não pode ter como finalidade impedir o Estado de emanar leis e regulamentos⁵⁹. Mas a mais importante decisão neste âmbito pertence ao Tribunal do caso *SGS v. Paquistão* que entendeu que estas cláusulas, de conteúdo amplo na sua maioria, não poderiam transformar *per se* em violação do Direito Internacional aquilo que não é considerado como uma violação nesse plano, que é o que sucede com as violações contratuais, para além de que esta prática iria esvaziar os demais *standards* de protecção (com o *FET* à cabeça)⁶⁰. Ora, fruto deste entendimento, esta decisão foi acusada de “matar” a finalidade e aplicabilidade destas cláusulas. Exemplo de uma

⁵⁷ VICENTE, Dário Moura – “Arbitragem de Investimento (...)”, pág 760

⁵⁸ DUARTE, Tiago - “*Treaty claims, contract claims e umbrella clauses na arbitragem internacional de protecção de investimentos*”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (Coord. FREITAS, José Lebre de, DUARTE, Rui Pinto, CRISTAS, Assunção e out.), Coimbra, 2011, p.

263
⁵⁹ Idem, p. 277

⁶⁰ Idem, p.279

umbrella clause é o Artigo II(2)(c) do *BIT* celebrado entre a Argentina e os EUA (“*Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments*”) que esteve em discussão na decisão *El Paso*. Neste caso, os juízes do *ICSID* optaram por uma solução algo inovadora, no que toca à interpretação destas cláusulas, procurando distanciar-se do entendimento oferecido na decisão do caso *SGS* e ressuscitando uma distinção já feita no caso *CMS*, a do Estado que actua enquanto soberano ou enquanto parte contratual, considerando que o *BIT* só poderia ser invocado quando o Estado actuava “*as a sovereign*”, não podendo sequer ser invocada a *umbrella clause* quando o Estado agisse apenas como parte contratual, como entendeu o Tribunal que acontecia neste caso. Este entendimento não foi muito bem acolhido pela doutrina e jurisprudência, devido à notória dificuldade em distinguir os modos de actuação do Estado em cada caso⁶¹. Com toda esta celeuma, a questão das *umbrella clauses* encontra-se ainda indefinida, navegando ao sabor de decisões e interpretações diferentes quanto à sua finalidade e à sua relação com os demais *standards* de protecção.

Para além desta nota referente à relação entre os *BIT* e a Convenção do *ICSID* e para rematar outra das questões muito debatidas na decisão *El Paso*, convém clarificar a questão referente aos *standards* de protecção, na qual se discutiu o conceito de *standard* internacional mínimo. Este conceito surgiu no século XX, como resposta à doutrina Calvo⁶², uma doutrina de 1868 que “defendia que o Estado de acolhimento podia sempre reduzir o nível de protecção de investimento estrangeiro, desde que o fizesse em termos idênticos para os seus nacionais”, forçando ainda os estrangeiros a recorrer aos tribunais do Estado como se fossem nacionais desse Estado, não dispondo do mecanismo da protecção diplomática.⁶³ Ora, esta ideia, claramente de teor “nacionalista”, na medida em que visava travar a exploração económica das economias sul-americanas pelas potências europeias, não se coadunava com as crescentes relações comerciais a nível internacional e como tal, foi forçada a uma evolução. Resultado deste processo, surgiu o conceito do *standard* internacional mínimo que procurava um equilíbrio entre a Doutrina Calvo e as necessidades de protecção dos investidores. Nesse sentido, estatuiu-se que o direito deveria ser igual para todos, nos espaços nacionais,

⁶¹ Idem, p.292

⁶² CORDEIRO, António Menezes - *Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro*, Coimbra, 2015, p.55-56

⁶³ BRÍZIDO, Anabela Paula – “Arbitragem Petrolífera: Algumas reflexões sobre as regras de direito aplicáveis ao mérito da causa”, *CEDIS Working Papers*, N°2, Lisboa, 2016, p.31

mas não se podia atingir essa igualdade à custa da segurança dos investimentos estrangeiros, numa ideia claramente mais adequada aos interesses dos investidores. No entanto, a evolução das relações económicas continuou ao longo do século XXI e como pudemos perceber através dos *standards* invocados na decisão do caso *El Paso*, a evolução destes também continuou, principalmente desde “a explosão” dos *BIT*, tornando-se mais refinados e assumindo outras modalidades, adequadas a proteger os interesses dos mesmos.

Desta análise dos princípios e normas aplicáveis às arbitragens de investimento resulta uma constante contraposição de dois interesses díspares, o do Estado de acolhimento e o do investidor que apesar de se assumir na grande parte das vezes como o “Golias” da relação, pretende ver garantidos certos direitos e garantias que impeçam o Estado de acolhimento de, através de alterações legislativas arbitrárias, alterar substancialmente e sem motivo aparente as regras acordadas no *BIT* e deste modo, passar de “David a Golias”.

E a verdade é que quanto maior a complexidade de um contrato de investimento e os riscos assumidos pelos investidores, maior é a probabilidade de surgirem litígios que clamem pela intervenção do *ICSID*. E como analisaremos agora, complexidade e riscos elevados reconduzem-nos de imediato ao sector petrolífero.

III – Breve abordagem a algumas particularidades do sector petrolífero

Uma *joint venture*, contrato de empreendimento comum, é uma aliança estratégica entre duas ou mais empresas que acordam investir num negócio comum com vista a diminuir os custos económicos e os riscos de um dado negócio, com as empresas a tenderem para “a especialização num grupo de actividades similares e para a aquisição exterior do resultado de actividades complementares”⁶⁴ Não é, de todo, uma modalidade contratual que associemos a empresas como a Coca-Cola e a Pepsi mas é precisamente através destes contratos que as grandes companhias petrolíferas internacionais (*IOCs*) operam no mercado petrolífero⁶⁵. Pode parecer estranho que empresas concorrentes, a competir num mercado “fratricida” como este possam, actuar em conjunto, mas esta situação é de facto normal e até aconselhável para qualquer

⁶⁴ PINHEIRO, Luis de Lima - *Contrato de empreendimento comum (joint venture)* em *Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1998, p.49

⁶⁵ MARTIN, Timothy, PARK, Jay - “Global petroleum industry industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger”, *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, Nº1, London, 2010, p.4

companhia petrolífera, atendendo aos elevados custos das operações e à necessidade das empresas de efectuarem uma boa gestão do seu orçamento, de modo a aumentarem a sua competitividade. Estas operações conjuntas permitem que uma empresa com um orçamento de mil milhões de euros para investir na fase de exploração, consiga investir na exploração de hidrocarbonetos em cinco localizações diferentes, alocando apenas um quinto do seu orçamento⁶⁶.

Como já demonstrámos através deste exemplo, as *joint ventures* no sector petrolífero são mais frequentes na fase de exploração, a chamada fase de *upstream* que corresponde àquilo que chamamos de actividade de exploração e produção de recursos petrolíferos. É nesta fase que se efectua a procura, no subsolo terrestre e marítimo, de recursos petrolíferos. Trata-se de uma actividade extremamente onerosa, já que acarreta um grande investimento, não só em termos financeiros, mas também tecnológicos, por parte das grandes companhias petrolíferas. No entanto, em caso de sucesso, isto é, de extração de recursos petrolíferos, traz elevadas recompensas financeiras aos investidores, daí que estes decidam operar em conjunto para obter os apelativos retornos, diminuindo o capital investido. Após esta fase, segue-se o chamado *midstream*, fase que inclui o transporte dos produtos petrolíferos, seja através de *pipelines*, de navios petroleiros ou através de meios rodoviários ou ferroviários. Nesta fase, os recursos destinam-se às refinarias que procederão à ultima fase deste processo, o *downstream*, na qual ocorre a refinação e purificação do petróleo bruto, antes das operações necessárias à sua distribuição ao consumidor final e aos intermediários responsáveis pela sua revenda⁶⁷.

Se é verdade que estas operações conjuntas por parte das *IOCs* diminuem o risco de cada uma e aumentam as suas hipóteses de sucesso, permitindo a cobertura de mais áreas de exploração, também é verdade que incrementam a complexidade deste sector. Como tal, seria incomportável se todos os contratos celebrados no âmbito deste sector fossem negociados cláusula a cláusula, partindo do zero. Neste sentido, deu-se um fenómeno de “standardização” dos contratos no sector petrolífero, através da criação dos chamados contratos-modelo, utilizados nos contratos celebrados entre os Estados e as companhias petrolíferas e entre as companhias petrolíferas.

Quanto ao primeiro tipo de contratos, aqueles que são celebrados entre Estados

⁶⁶ TALUS, Kim, LOOPER, Scott, OTILLAR, Steven - “Lex Petrolea and the internationalization of petroleum agreements: focus on Host Government Contracts”, *Journal of World Energy Law & Business*, Vol.5, N°3, London, 2012, p.183

⁶⁷ BRÍZIDO, Anabela Paula, pág. 18-20

ou uma entidade pública e as companhias petrolíferas, os chamados *Host Government Contracts* (HGS's), são contratos através dos quais uma companhia petrolífera obtém a autorização do Estado de acolhimento para operar no país, estabelecendo uma série de direitos e garantias para cada uma das partes. Estes contratos podem ser celebrados pelo Estado enquanto entidade ou através da sua companhia petrolífera nacional (NOC). Tradicionalmente, estes contratos podem assumir várias modalidades. Assim, é comum falarmos de contratos de concessão *stricto sensu*, contratos de prestação de serviços e contratos de participação. Apesar da existência destas categorias, na prática estes HGCs contêm características próprias de cada uma dessas modalidades contratuais, dando origem a contratos-modelo híbridos. No entanto, é útil que nos detenhamos sobre as características de cada um desses contratos.

As concessões em sentido lato constituem o tipo contratual mais tradicional no sector petrolífero e podem ser considerados como o “El Dorado” para qualquer companhia petrolífera, já que lhes atribuem direitos exclusivos sobre uma dada área, mediante o pagamento de uma contrapartida, que se trata de uma verba previamente determinada e que não se encontra dependente do valor de produção alcançado⁶⁸. Através desta breve descrição percebemos como estes contratos são tendencialmente desfavoráveis para os Estados de acolhimento, que vêem os seus recursos petrolíferos passarem para as mãos das companhias petrolíferas a troco de uma quantia que não corresponde a uma contrapartida adequada à perda de soberania que estes contratos acarretam. Assim, estes contratos começaram a ser vistos pelos países orientais e africanos como símbolo de um poder desmesurado detido pelas potências ocidentais, pelo que nos anos 60 e 70 estes países começaram a insurgir-se contra este tipo de contratos, fosse através de meios mais pacíficos, negociando-os com as companhias petrolíferas, tal como ocorreu na Arábia Saudita, ou através de meios mais “radicais” como as expropriações ocorridas no Irão ou no *Kuwait*. O resultado destas posições foi a substituição deste tipo de contratos por outros, capazes de garantir um maior equilíbrio de forças, tornando-se estas concessões um “exclusivo” de países como os EUA ou a Grã-Bretanha que não têm problema em celebrar contratos de concessão “à moda antiga”, em virtude do seu poderio económico.

Outro tipo contratual que surgiu em substituição destas concessões foi o contrato de participação (*Product Sharing Agreements*, *PSAs*). Surgido na década de 60,

⁶⁸ TALUS, Kim, LOOPER, Scott, OTILLAR, Steven, pág 186

depressa foi acolhido nos supraditos países do Médio Oriente e África, bem como nas ex-repúblicas soviéticas. Através destes contratos, os Estados mantêm-se como detentores do petróleo, sendo a produção dividida entre as *IOCs* e o Estado, através de um ministério ou da sua *NOC*. A grande diferença para os contratos de concessão tradicionais, reside no facto de através dos primeiros, uma *IOC* adquirir o direito de produção de hidrocarbonetos numa dada área de território do Estado de acolhimento, enquanto através destes contratos, a *IOC* adquire “somente” o direito a partilhar a produção de uma dada área de território, ficando o Estado como detentor do petróleo extraído e não apenas do petróleo não extraído como acontecia nos contratos de concessão. Através destes contratos de participação, as *IOCs* continuam obrigadas a pagar impostos e taxas de utilização, aos quais podem acrescentar *royalties* mediante o tipo de acordo alcançado. Na eventualidade de a *IOC* não ser bem-sucedida, ou seja, se não conseguir a extração de hidrocarbonetos, os riscos da actividade correm por sua conta. Portanto, é perceptível que esta é uma solução bastante mais vantajosa para os Estados de acolhimento que conseguiram através desta via contratual diminuir sobremaneira o poder das companhias petrolíferas que, no anterior estado de coisas, poderia conduzir a situações de verdadeira asfixia económica. No entanto, esta evolução não foi considerada suficiente para muitos Estados e fruto desse descontentamento, surgiu outra figura contratual, a do contrato de prestação de serviços (*Service Agreements*)

Nestes contratos, o petróleo mantém-se como propriedade do Estado de acolhimento em todas as fases do processo, inclusive após a extracção e produção do mesmo. Dentro desta categoria contratual, devemos distinguir entre dois tipos contratuais distintos, o primeiro, no qual os riscos de exploração são suportados pelo Estado de acolhimento e o pagamento devido à *IOC* é previamente acordado, não dependendo da descoberta ou produção de petróleo e um segundo, que prevê que os riscos correm por conta da *IOC* que é compensada através de pagamentos dependentes da produção alcançada na área contratual. A assinatura deste tipo de contratos é mais frequente em países como o México e o Iraque, países que ou possuem os capitais necessários a uma eficaz exploração ou nos quais existe uma forte probabilidade de extracção e produção de hidrocarbonetos, acarretando riscos menores para as *IOC*, residindo as carências destes países ao nível dos recursos tecnológicos ou ao nível do *know how*⁶⁹.

⁶⁹ Idem, 187-189

Para a “standardização” dos contratos petrolíferos, que contribuem para um aumento da eficiência e da produtividade deste sector, o contributo de associações como a *AIPN (Association of International Petroleum Negotiations)* tem-se revelado essencial. Esta associação tem conseguido a criação de contratos-modelo aplicáveis a áreas-chave⁷⁰ deste sector, nomeadamente na fase de *upstream* onde os interesses das companhias petrolíferas contendem e se complementam, simultaneamente. No entanto, o principal objectivo desta associação, a criação de um *HGC* modelo à escala global, nunca foi alcançado⁷¹. Este projecto arrojado não teve o condão de atrair o interesse das principais companhias petrolíferas nem muito menos dos Estados, o que se explica pela especificidade dos *HGC's*, contratos cujo objectivo é o de atrair investimento estrangeiro, mas sempre atendendo à soberania e a certos interesses do Estado de acolhimento. Ora, os interesses a proteger e as necessidades de países como o *Kuwait* e Portugal são necessariamente distintos, pelo que um *HGC* à escala global, “standardizado” e capaz de agradar a “gregos e troianos”, dificilmente passará do papel.

Estes diferentes interesses e necessidades são transversais tanto à arbitragem de investimento como ao sector petrolífero. De um lado está sempre o interesse do Estado de acolhimento de abrir a sua economia ao investimento estrangeiro, encontrando uma forma de suprir as suas limitações que podem ser financeiras, tecnológicas, humanas. No entanto, estes Estados não pretendem que o investimento estrangeiro afecte a sua soberania, o que os leva a procurar mecanismos que garantam a “justiça” da relação, sem que os recursos naturais e as avultadas verbas por este geradas acabem nas mãos dos investidores sem que o Estado, e indirectamente a sua população sejam devidamente recompensados. Por outro lado, do ponto de vista dos investidores, existe sempre a necessidade de assegurar que o facto de se instalarem no território de um Estado de acolhimento, com os seus investimentos submetidos à lei deste, não significará arbitrariedade e alterações prejudiciais aos seus interesses. Temos de ter em mente que alguns destes contratos de investimento, principalmente no sector petrolífero, têm uma longa duração, atingindo por vezes as duas, três décadas e ainda com possibilidade de renovação. E a verdade é que, embora não se possa tornar estas relações contratuais “impermeáveis” à passagem do tempo e às alterações que impreterivelmente ocorrerão numa janela temporal de 20/30 anos os Estados de

⁷⁰ Idem, p.184-185

⁷¹ MARTIN, Timothy, PARK, Jay - pág. 7

acolhimento não se podem “refugiar” na longa duração dos contratos para alterarem leis, planos económicos, subvertendo, em seu favor, o enquadramento legislativo e económico no qual o contrato foi celebrado. Foi precisamente para pôr cobro a estas intenções “maquiavélicas” dos Estados que surgiram os *BIT*, uma plataforma de entendimento entre os países signatários assente numa lógica de “dar e receber” que permite um equilíbrio de forças para além de cristalizar, dentro do possível, a situação existente à data da celebração do contrato.

Aqui chegados, já se tornou perceptível que desta comunhão de valores entre a arbitragem de investimento e o sector petrolífero, “nasceu” a arbitragem petrolífera.

Como procurámos explicar de forma sucinta, os contratos celebrados no âmbito deste sector envolvem um risco elevado e valores de investimento bastante avultados, obrigando a esforços por parte das companhias petrolíferas, que canalizam avultadas verbas para a pesquisa, desenvolvimento científico e tecnológico das suas instalações com vista à obtenção de uma maior rentabilidade e eficiência na exploração e produção de hidrocarbonetos. E como vimos através dos *HGC* existentes, existe sempre uma dualidade de vontades que se manifesta na intenção das partes de alcançar mais benefícios e simultaneamente menos onerosidade para os seus interesses.

A forma como a Convenção do *ICSID* foi desenhada, conseguindo criar um centro “globalizado e internacional que dirimisse litígios entre investidores e Estados”⁷², de forma imparcial e neutra, tentando assegurar uma celeridade processual que não anule o efeito útil dos investimentos e através de árbitros dotados das necessárias especificidades técnicas que lhes permitam conhecer os sectores nos quais tomam decisões, tornou a arbitragem de investimento no meio ideal para solucionar os (muitos) litígios surgidos no âmbito de contratos petrolíferos. Isto porque, para além da felicidade das soluções consagradas, a Convenção do *ICSID*, bem como outras convenções que originaram outros meios de resolução de litígios, tiveram o condão de relegar para segundo plano o obsoleto meio da protecção diplomática, que colocava nas mãos do Estado de acolhimento a decisão sobre a protecção aos investimentos estrangeiros e que, por esse motivo causava alguma desconfiança aos investidores estrangeiros.

A verdade é que as particularidades do sector petrolífero, tais como a constante

⁷² DUARTE, Tiago - “As fronteiras do Direito Público e a arbitragem internacional de protecção de investimentos”, *Scientia Iuridica*. n.º 328, Tomo LX, Braga, 2011, p. 293-301

dualidade de vontades e pretensões das partes, a complexidade dos contratos (ainda que mitigada pela “standardização”) e a larga duração temporal dos mesmos facilitam o surgimento de conflitos. Como vimos no caso *El Paso*, no espaço de uma década, a Argentina passou de um Estado com um sector energético decadente para um Estado exportador de hidrocarbonetos e nesse mesmo período temporal, passou da assinatura de um *BIT* com os EUA que “abria as portas” da sua economia de forma inédita para a imposição de uma série de medidas penalizadoras para esses mesmos investidores, ainda que, como vimos, estas tenham sido motivadas por uma situação de crise que embora não tenha sido da exclusiva responsabilidade do “país das pampas”, não se pode dizer que a Argentina tenha feito os possíveis para a evitar.

Com este *modus operandi*, no qual Estados que “um dia celebram contratos e que noutro dia os rasgam, que num dia querem atrair negócios e que noutro dia nacionalizam, expulsando os respectivos investidores estrangeiros”⁷³, não constitui surpresa que tantos casos de investimento no sector petrolífero acabem nas mãos dos juízes do *ICSID*. E com tantos casos deste tipo nas mãos do *ICSID*, não pode ser igualmente surpreendente que tenha surgido uma ordem jurídica autónoma responsável por regular as actividades no sector petrolífero, a chamada *lex petrolea*. No entanto, essa é uma discussão para fase mais adiantada da nossa dissertação.

IV – A Lex Mercatoria enquanto Direito Autónomo do Comércio Internacional

A *lex mercatoria*, expressão utilizada para designar um “complexo normativo, de carácter material, que abrange os usos, práticas ou costumes do comércio internacional”⁷⁴, é um conceito adaptado do conceito de *ius mercatorum*, o direito dos comerciantes medievais. Actualmente, a expressão *lex mercatoria* é utilizada como denominação para uma ordem jurídica autónoma em vigor no âmbito do comércio internacional, “um conjunto de princípios e regras reguladoras das questões privadas internacionais que se formam independentemente da acção dos órgãos estaduais”⁷⁵, seja através dos usos e costumes do comércio internacional ou através das intervenções dos operadores do sector.

⁷³ Idem, *Ibidem*

⁷⁴ BRITO, Maria Helena - *Direito do comércio internacional*, Coimbra, 2004, p.111

⁷⁵ Idem, *ibidem*

Esta realidade de origem medieval ganhou uma nova roupagem no início da década de 60 do século XX quando autores como Clive Schmitthoff⁷⁶, Berthold Goldman⁷⁷, Philippe Kahn⁷⁸, Aleksandar Goldstajn⁷⁹ e Klaus Peter Berger⁸⁰ ressuscitaram a ideia da existência de um direito aplicável ao comércio internacional. No entanto, e apesar de serem contemporâneos, estes autores partilham diferentes visões quanto à natureza da *lex mercatoria*. Schmitthoff considerava que as fontes deste direito autónomo seriam o costume comercial, juntamente com a legislação internacional, coordenada e emanada por organismos como o UNIDROIT e a Câmara do Comércio Internacional (CCI), com uma maior importância dada a esta última. O autor anglo-germânico classifica a *lex mercatoria* como um Direito Transnacional e não como um Direito Internacional⁸¹, visto que este direito careceria sempre do reconhecimento dos Estados, a sua autonomia legislativa dependeria da autorização dos Estados e a sua função seria mais de interpretação do que de criação do direito.

Foi através de autores como Goldman e Goldstajn que a concepção de *lex mercatoria* se soltou das amarras do direito nacional, passando a ser vista como “um conjunto de princípios gerais e de regras costumeiras, espontaneamente utilizadas ou elaboradas no contexto do comércio internacional, sem referência a um determinado sistema legal nacional”⁸². Com esta concepção deu-se um alargamento no âmbito das fontes, com o tónico a ser colocado nas regras consuetudinárias, usos, cláusulas e modelos contratuais, surgindo então em segundo plano os princípios gerais do Direito, bem como a jurisprudência arbitral⁸³. O papel da jurisprudência no âmbito desta concepção de *lex mercatoria* foi amplamente discutido entre os seguidores da mesma, com alguns autores como Kahn a considerarem-na a sua principal fonte, devido ao facto de ser através da concretização pelos tribunais arbitrais dos princípios gerais de Direito e de princípios comuns aos direitos nacionais que acabariam por surgir as regras às

⁷⁶ SCHMITTHOFF, Clive – “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation”, *The Sources of the law of international trade with special reference to East-West Trade* (ed. Clive Schmitthoff), London, 1964, p.3 ss.

⁷⁷ GOLDMAN, Berthold – “The Applicable Law: General Principles of Law – the Law Mercatoria”, *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, 1986, p.113 e ss.

⁷⁸ KAHN, Philippe – “La Vente Commerciale Internationale”, *Revue internationale de droit compare*, Vol. 14, Paris, 1962

⁷⁹ GOLDSTAJN, Aleksandar – “The New Law Merchant Reconsidered”, *Law and International Trade, Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70 Geburtstag* (org. Fritz Fabricius), Frankfurt, 1973, p.171 ss.

⁸⁰ BERGER, Klaus Peter – *The Creeping Codification of The Lex Mercatoria*, The Hague, London, Boston, 1999

⁸¹ PINHEIRO, Luís de Lima - *Direito Internacional Privado: Introdução e direito de conflitos - parte geral*, Vol. I, Coimbra, 2016, p.126

⁸² GOLDMAN, Berthold, 1986, p.116

⁸³ PINHEIRO, Lima, 2016, p.133

quais se atribuía o nome de *lex mercatoria*. Ora, um entendimento assim resultaria na atribuição de um duplo papel aos tribunais arbitrais, que seriam simultaneamente fonte e órgãos de aplicação da *lex mercatoria*. No entanto, esta concepção não defendia uma aplicação completa deste corpo autónomo de regras, afirmando a existência de áreas, tais como as relativas aos pressupostos dos contratos e da sua validade, que continuariam nas mãos dos Direitos Estaduais, o que não afectava a opinião de Goldman de que a *lex mercatoria* é uma ordem jurídica, desenhada para um sector em particular e, portanto, com uma maior aplicabilidade prática do que normas jurídicas gerais e abstractas. O “avanço” da posição de Goldman em relação à de Schmitthoff reside no facto de esta não incluir as regras internas de fonte legislativa no elenco de fontes da *lex mercatoria*.

Ao atribuir maior importância à jurisprudência arbitral, Goldman estava a antever a importância que as jurisdições arbitrais teriam na legitimação da *lex mercatoria*. Como afirma René David, as jurisdições arbitrais encontravam-se tentadas a não aplicar as regras de direito estadual, privilegiando o direito internacional autónomo, pelo que poderiam ser estas a legitimar e a impulsionar a afirmação de uma ordem jurídica autónoma. As próprias decisões arbitrais foram impulsionadas por fenómenos políticos e económicos, como a crise energética de 1973 e a vaga nacionalizadora ocorrida no âmbito do sector petrolífero que colocou muitos destes litígios sob a alçada de tribunais arbitrais. No entanto, o problema é que, numa primeira fase, “a jurisprudência arbitral contribuiu mais para o desenvolvimento do Direito Transnacional da Arbitragem do que para a formação de um Direito material conformador e regulador dos contratos internacionais”⁸⁴, devido ao facto de muitas das questões resolvidas em sede de arbitragem se prenderem com questões processuais ou suscitadas a título prejudicial. No entanto, desde meados da década de 90 que a situação se alterou e à entrada do novo século, a actividade jurisprudencial já se havia desenvolvido, o que impulsionou a criação de bases de dados⁸⁵, acessíveis através da *Internet* e que constituem, ainda hoje, um importante meio de consulta às doutrinas e decisões jurisprudenciais que constituem a *lex mercatoria*⁸⁶.

Um dos possíveis entraves à legitimação pela jurisprudência arbitral residia no facto de esta não ser vinculativa, não funcionando as suas decisões como precedente a

⁸⁴ Idem, Ibidem

⁸⁵ Translex (<https://www.trans-lex.org/>)

⁸⁶ CENTRAL'S Transnational Law Digest & Bibliography (<http://tldb.uni-koeln.de/>)

seguir em casos ulteriores. No entanto, se essas soluções integrarem um costume jurisprudencial, isto é, se existir a convicção de que são juridicamente vinculantes, estas soluções jurisprudenciais passam a estar positivadas e a constituírem um factor de forte influência na decisão dos casos submetidos à jurisprudência arbitral⁸⁷. Assim, e tal como pudemos ver através da decisão *El Paso*, os tribunais recorrem a decisões anteriores para enquadrarem as suas decisões, utilizando-as para estabelecer paralelos ou para se afastarem de entendimentos anteriores, fenómeno que já fomos assinalando ao longo da nossa exposição. Assim, este “Direito jurisprudencial”, que aplica princípios gerais e princípios transversais aos direitos nacionais, veio contribuir para uma aplicabilidade dos princípios de direito autónomo no âmbito das decisões arbitrais.

De facto, o fenómeno dos princípios gerais e dos princípios comuns aos direitos nacionais são indissociáveis da importância crescente atribuída à jurisprudência arbitral e consequentemente, à própria *lex mercatoria*. E esta importância ficou acentuada quando se deu a positivação e consagração destes princípios através de dois documentos que são “pedra-de-toque” da *lex mercatoria*, os Princípios Relativos aos Contratos do Comércio Internacional do UNIDROIT⁸⁸ (doravante Princípios UNIDROIT) e os Princípios de Direito Europeu dos Contratos⁸⁹ (doravante Princípios Europeus).

Começamos a nossa análise pelos princípios UNIDROIT, criados por um comité-piloto composto por Professores como René David e Clive Schmitthoff (já por nós citados) e por “especialistas de craveira no domínio do direito dos contratos e do direito do comércio internacional”⁹⁰. Este comité pretendia o “estabelecimento de um conjunto de regras destinadas a serem usadas em todo o mundo independentemente das tradições jurídicas e das condições políticas e económicas dos países em que devam ser aplicadas”⁹¹. Através da consulta do Preâmbulo destes Princípios elaborados pelo UNIDROIT, podemos retirar várias conclusões sobre a sua função e a sua relação com as ordens jurídicas nacionais. A primeira é a de que estes princípios se destinam a reger contratos de comércio internacional, adoptando-se uma interpretação lata do conceito de internacional que exclui apenas as situações na qual não exista qualquer elemento de

⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, Lisboa, 2005, p.324

⁸⁸ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, 2010

(<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>)

⁸⁹ *Principles of European Contract Law – Parts I and II* (ed. LANDO, Ole and BEALE, Hugh), The Hague, Boston, London, 2000

⁹⁰ *Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, Rome, 1995 (Versão do Ministério da Justiça, Lisboa), p.7

⁹¹ Idem, p. 8

carácter internacional⁹². Quanto ao seu estatuto de lei reguladora do contrato, os Princípios do UNIDROIT consideram que as suas regras, que são comuns a diversos sistemas jurídicos nacionais, “são mais adequadas às circunstâncias especiais das operações de comércio internacional”, pelo que as partes podem optar por designarem estes princípios como regras aplicáveis ao contrato que celebram, “em vez de uma ou outra lei interna”⁹³, sendo aconselhado às partes o recurso à arbitragem para a resolução dos diferendos, devido à circunstância de os árbitros não estarem necessariamente vinculados às leis nacionais, o que facilita a aplicação destes princípios como lei reguladora do contrato, ideia corroborada pela letra do artigo 42º da Convenção do *ICSID*. Para além destas conclusões, estes Princípios definem-se como um corpo sistemático de regras definidas capaz de pôr termo à incerteza associada à aplicação dos conceitos vagos que constituíam a *lex mercatoria* até à positivação destes princípios e deixam claro o seu papel de interpretação e integração dos instrumentos internacionais existentes, bem como de modelo para os legisladores nacionais, tanto para os que pretendem criar um regime jurídico em matéria contratual como para os que necessitam de actualizar um sistema já existente.

Estes Princípios, cuja primeira versão data de 1994, já tiveram duas edições subsequentes, em 2004 e 2010 e hoje contam com disposições sobre a validade, o cumprimento, o incumprimento, a compensação, a transmissão da posição contratual, a prescrição, as obrigações de restituição no caso de resolução do contrato, entre outras. Nesta fase e para mostrar a aplicabilidade destes princípios, convém recuar à decisão *EI Paso* e ao momento em que os juízes do *ICSID* pretendiam aferir se o estado de necessidade poderia ser invocado pelo Estado argentino e se o mesmo tinha responsabilidades quanto à situação de crise que viveu e consequentemente, quanto às medidas que teve de tomar para enfrentar a crise de 2001/02, que tal como vimos, contenderam com os interesses da empresa norte-americana. O tribunal recorreu aos artigos 6(2)(2), 7(1)(6) e 7(1)(7) dos Princípios UNIDROIT para analisar esta questão.

⁹² Idem, Preâmbulo, nº1, p.22

⁹³ Idem, Preâmbulo, nº4a, p.23

Há *hardship* quando surgem acontecimentos que alteram fundamentalmente o equilíbrio das prestações quer por aumento do custo do cumprimento das obrigações quer por diminuição do valor da contraprestação, e

- a) esses acontecimentos se verificaram ou chegaram ao conhecimento da parte lesada depois da conclusão do contrato;
- b) esses acontecimentos não podiam razoavelmente ser tomados em consideração pela parte lesada no momento da conclusão do contrato;
- c) esses acontecimentos escapam ao controlo da parte lesada;
- d) o risco desses acontecimentos não foi assumido pela parte lesada

Artigo 6(2)(2) dos Princípios UNIDROIT – *Hardship*

Este artigo deve ser lido em relação ao artigo 6(2)(1), que estatui que as partes estão adstritas ao cumprimento do contrato, sem prejuízo do *hardship*, situação através da qual surgem acontecimentos que alteram o equilíbrio das prestações. No caso *El Paso*, o problema residia na diminuição do valor da contraprestação devida pelo governo argentino devido às medidas que teve de implementar. Parece-nos que atendendo às circunstâncias do caso, o primeiro requisito do artigo se encontra verificado, até porque as medidas do governo argentino foram tomadas alguns anos após a conclusão do contrato. No mesmo sentido, estes acontecimentos não podiam ser previstos pela *El Paso*, conclusão que é suportada pelos comentários ao artigo⁹⁴, no qual se dá como exemplo a situação de uma empresa que celebre um contrato de fornecimento de petróleo num país toldado por tensões políticas que, dois anos volvidos, dêem origem a uma guerra civil. Neste caso, não poderia ser invocado o *hardship*, visto que seriam acontecimentos que poderiam ser levados em consideração pela parte lesada, em virtude das tensões já existentes no momento da celebração do contrato. Esta situação não se pode aplicar ao caso *El Paso*, visto que no momento da celebração do contrato, um momento de abertura massiva do país ao capital estrangeiro, não se poderia exigir à empresa norte-americana que conseguisse prever uma crise económica com as dimensões da crise argentina de 2001/02. Importante ainda referir os apontamentos constantes dos comentários a este artigo, com a indicação de que o

⁹⁴ Princípios UNIDROIT, Versão Portuguesa, 1995

hardship é especialmente relevante nos contratos de longa duração e de que muitas vezes as situações de *hardship* podem ser simultaneamente situações de *force majeure*, cabendo à parte lesada a determinação de qual pretende invocar. Tanto este instituto como o da *force majeure* são institutos *favor contractus*, isto é, visam a manutenção do contrato e são acusados de ser vagos e pouco claros, ainda que a sua aplicação seja possível na prática, desde que enquadrados num sistema legal onde exista o princípio de respeito pelos contratos assinados⁹⁵.

Uma parte não pode prevalecer-se de uma cláusula de limitação ou exclusão de responsabilidade em caso de incumprimento de uma obrigação ou de uma cláusula que a autorize a fornecer uma prestação substancialmente diferente da que a outra parte pode justificadamente esperar se, à luz da finalidade do contrato, tal for manifestamente injusto.

Artigo 7(1)(6) dos Princípios UNIDROIT - Cláusula de exoneração de responsabilidade

No que diz respeito a este artigo parece-nos pertinente recordar a definição de cláusulas de exoneração de responsabilidade, aprofundada nos comentários ao artigo, como aquelas que limitam ou excluem directamente a responsabilidade do devedor em caso de incumprimento. Se uma parte não puder recorrer a uma cláusula deste tipo, a sua responsabilidade mantém-se intacta que é precisamente o que sucede no caso *El Paso*.

Neste ponto é pertinente referir a questão das normas internacionalmente imperativas ou normas de aplicação imediata, uma questão que merece atenção da doutrina há bastante tempo mas que em termos legislativos sempre foi posta um pouco à margem, isto apesar de a Convenção de Roma⁹⁶ conter um artigo (7º) referente às normas imperativas. No entanto, o Regulamento Roma I⁹⁷ foi ainda mais longe e introduziu uma previsão (artigo 9º) destinada às normas de aplicação imediata, o que constituiu um avanço e uma novidade importante em termos legislativos, por dois motivos. O primeiro porque, tal como veremos, a noção de normas de aplicação

⁹⁵ BERGER, Klaus Peter, 1999, p.163

⁹⁶ Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126(02)))

⁹⁷ Regulamento N° 593/2008 (Roma I) (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32008R0593>)

imediate é mais específica que a noção de normas imperativas e o segundo, porque se tratou da primeira definição deste instituto vertida num documento legislativo. Assim, o número 1 deste artigo define as normas de aplicação imediata como “disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento”.

A importância desta norma vai para lá da letra do Regulamento em questão, visto que consegue consagrar uma definição “comunitária, uniforme e comum” destas normas, entrando o legislador europeu numa matéria até então “deixada à doutrina e à jurisprudência”⁹⁸.

Apesar de as normas de aplicação imediata terem “prevalência” sobre a lei competente, isto não significa que haja um afastamento do direito aplicável ao contrato, isto porque será precisamente essa ordem jurídica que decidirá se a “violação de uma norma imperativa estrangeira é fundamento de invalidade ou de impossibilidade do cumprimento”⁹⁹.

Estas normas podem ser classificadas como normas imperativas, no entanto, nem todas as normas imperativas são normas de aplicação imediata¹⁰⁰, sendo estas últimas uma subclasse das normas imperativas com um elemento adicional, constante da letra do artigo 9º, número 1 do Regulamento Roma I.

De recordar que o Regulamento Roma I, no seu artigo 3º, número 1, estabelece a regra de que o contrato se rege pela lei escolhida pelas partes. No número 3 deste artigo, estabelece-se que na eventualidade de todos os elementos relevantes da situação se encontrarem, no momento da escolha, num país que não seja o da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições de lei do outro país não derogáveis por acordo. No entanto e tal como resulta do Considerando 37 deste Regulamento, o conceito de “normas de aplicação imediata” deve ser distinguido da expressão “disposições não derogáveis por acordo” e deverá ser sujeito a uma interpretação mais restritiva, isto porque as disposições não derogáveis por acordo são aplicáveis mediante a prova de que existe uma conexão do contrato a um dado país e

⁹⁸ TELLES, Eugénia Galvão – “A noção de normas de aplicação imediata no Regulamento I: Uma singularidade legislativa”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles*, Vol. II, Coimbra, 2012, p.802

⁹⁹ BRITO, Maria Helena, 2004, p. 90

¹⁰⁰ TELLES, Eugénia Galvão, p.803

como tal, à sua ordem jurídica. Ora, a prova deste facto é suficiente para levar a que uma norma não derogável por acordo se imponha às normas escolhidas pelas partes. Ao exigir uma interpretação mais restritiva das normas de aplicação imediata, o legislador do Regulamento Roma I pretende consagrar uma aplicação mais exigente destas últimas em comparação com o que sucede com as normas não derogáveis por acordo.

Assim e face a esta realidade, ganha ainda mais sentido a opção do legislador europeu de consagrar uma distinção entre as normas imperativas gerais e as normas de aplicação imediata, através do estabelecimento de um “critério material uniforme de identificação”¹⁰¹, estabelecendo simultaneamente uma conexão unilateral própria que permite que estas normas se possam aplicar de forma unilateral, por oposição às restantes normas imperativas cuja aplicação depende da competência da ordem jurídica nacional e nos termos das normas de conflito bilaterais. Devido a este traço distintivo, a doutrina portuguesa colocou-lhes o apodo de normas “autolimitadas”¹⁰², já que a sua aplicação no espaço é estabelecida por elas próprias.

Apesar da importância da inclusão de uma norma deste tipo no Regulamento Roma I, a verdade é que a imposição de uma aplicação mais restritiva deste tipo de normas não deixa antever uma grande liberdade para os julgadores. Estas normas são passíveis de trazer alguma perturbação ao processo de determinação da lei aplicável, visto que a sua acção “afecta a certeza e previsibilidade da lei aplicável ao contrato, potencia uma maior fragmentação do estatuto contratual e enfraquece a faculdade de escolha da lei”¹⁰³, daí que se requeira “uma atitude de cautela, do legislador e da jurisprudência, quando confrontados com a tentação de aplicar o Direito do foro a contratos internacionais regulados por uma lei estrangeira”, convite extensível ao “legislador comunitário e ao próprio TJUE”¹⁰⁴.

Ora, nós aproveitaremos esta extensão do convite feito por Eugénia Galvão Telles para fazermos nós também uma extensão, desta feita, aos tribunais arbitrais. De facto, consideramos que a aplicação deste tipo de normas deve ser feita de forma cautelosa, sob pena de existir uma instrumentalização das mesmas por parte dos Estados, invocando-os de forma “leviana” com vista a obter uma exoneração das responsabilidades por parte do devedor.

¹⁰¹ Idem, Ibidem, p.805

¹⁰² PINHEIRO, Lima, 2016, p.245-246

¹⁰³ TELLES, Eugénia Galvão, 2012, p. 807

¹⁰⁴ Idem, Ibidem, p.808

Os tribunais arbitrais, tais como os demais órgãos de aplicação do direito devem aproveitar a definição oferecida pelo legislador europeu. Esta nossa afirmação não pretende defender que os tribunais arbitrais possam aplicar o Regulamento Roma I, um elemento de direito europeu, como tem sido discutido na doutrina. Aquilo que defendemos é que a consagração deste conceito em termos legislativos funcione como uma referência para todos os órgãos de aplicação do direito que deixam de ter de retirar conclusões das discussões doutrinárias e das decisões jurisprudências a fim de definir o que são normas de aplicação imediata.

Outrossim, consideramos que estes órgãos de aplicação do direito devem fazer uma interpretação cuidada dos elementos presentes neste artigo, isto porque as expressões “interesse público” e salvaguarda da “organização política, social ou económica” são conceitos bastante amplos e portanto, passíveis de serem “instrumentalizados” por quem os invoca. Na verdade, olhando para o próprio caso *El Paso*, a Argentina invoca o seu interesse público, de forma justificada, para justificar as medidas tomadas e que afectaram os interesses da companhia norte-americana e nem por isso, o Tribunal do *ICSID* deixou de ter a tal atitude cautelosa que se aconselha perante estas normas de aplicação imediata.

Em suma, reconhecemos que as normas de aplicação imediata são importantes e mais importante ainda é a consagração de uma definição que nos consiga afastar de querelas doutrinárias e jurisprudenciais. No entanto, tal como o responsável por esta consagração inédita, o legislador europeu, entendemos que a sua aplicação tem que ser cautelosa e que este instituto seja aplicado de forma “excepcional” tal como o da reserva da ordem pública, outra ideia patente no Considerando 37 do Regulamento Roma I.

Feita esta menção importante ao instituto das normas de aplicação imediata, voltamos aos Princípios UNIDROIT e ao artigo 7(1)(7) cujo conteúdo foi importante para o Tribunal decidir se a Argentina poderia invocar o estado de necessidade ou não.

- 1) Não responde pelas consequências do seu incumprimento o devedor que prove que a falta de cumprimento é devida a um impedimento que escapa ao seu controlo e que não lhe podia ser razoavelmente exigido que o tivesse previsto no momento da conclusão do contrato, que o tivesse evitado ou superado ou que tivesse evitado ou superado as suas consequências.
 - 2) Se o impedimento for apenas temporário, a exoneração da responsabilidade só produz efeitos durante um prazo razoável, tendo em consideração as consequências do impedimento sobre a execução do contrato,
 - 3) O devedor deve notificar ao credor a existência do impedimento e as consequências deste sobre a sua capacidade para cumprir. Se a notificação não chegar ao destinatário num prazo razoável a partir do momento em que teve ou devia ter tido conhecimento do impedimento, o devedor fica obrigado a reparar os danos resultantes da falta de recepção.
 - 4) O disposto no presente artigo não impede as partes de exercerem o seu direito à resolução do contrato, de recusarem o cumprimento das suas próprias obrigações ou de exigirem juros de um montante vencido.
- Artigo 7(1)(7) dos Princípios UNIDROIT – *Force majeure*

Quanto a este artigo 7(1)(7), é importante clarificar que o conceito de *force majeure* não é reconduzível ao conceito de força maior existente nos países de tradição civilista (como Portugal), embora a tradução utilizada possa transmitir essa ideia. Um dos exemplos apontados nos comentários ao artigo como caso reconduzível a esta noção de *force majeure* é precisamente o caso no qual A, cidadão do país X, celebra um contrato de fornecimento de matérias-primas com B, empresa pública do país Y, acordando que o pagamento seria feito em dólares norte-americanos (que não é a divisa do Estado Y). Surgindo, cinco anos depois, uma medida do Governo do país Y que determina que todo e qualquer pagamento deve ser efectuado na moeda do país Y, essa medida é passível de exonerar A das suas obrigações caso este não tenha responsabilidades¹⁰⁵. Ora, este exemplo é bastante semelhante àquilo que sucedeu no

¹⁰⁵ Princípios UNIDROIT, Versão Portuguesa, 1995

caso *El Paso* em virtude da “pesificação” da economia operada pelo governo argentino. O que parece resultar da leitura destes artigos e dos comentários aos mesmos é o facto de a letra dos mesmos se posicionar do lado das pretensões da *El Paso*. Cabe-nos agora analisar a decisão do Tribunal do *ICSID* quanto a esta matéria.

Os juízes do *ICSID* entenderam que era fundamental aferir se havia controlo, por parte do governo argentino, dos acontecimentos que levaram à aplicação das medidas que conduziram à situação de conflito entre as partes. O Tribunal concluiu que constitui regra de direito internacional que o estado de necessidade não deve ser invocado para afastar a ilicitude quando um Estado contribuiu para a existência dessa situação de necessidade¹⁰⁶, sendo que a responsabilidade do Estado argentino foi dada como adquirida pelo Tribunal, como já fizemos questão de referir aquando da nossa exposição sobre a decisão do caso *El Paso*. Deste modo, a hipótese de a Argentina invocar o estado de necessidade foi precluída pela letra destes artigos dos Princípios UNIDROIT, o que vem atestar a grande aplicabilidade prática e o prestígio de que gozam junto dos tribunais arbitrais.

Quanto aos Princípios Europeus, organizados sob a égide da União Europeia e com a acção importante do Professor Ole Lando, têm uma base comparativa maior em relação aos Princípios UNIDROIT, fruto da procura de “um fundo comum aos sistemas jurídicos dos Estados da União Europeia” e do objectivo de “constituírem um sistema geral de regras do Direito dos Contratos na União Europeia baseado nos Direitos nacionais dos seus Estados-membros”¹⁰⁷. As referências comparativas foram deixadas de fora dos princípios UNIDROIT numa tentativa de enfatizar o seu carácter internacional, independente de qualquer direito nacional mas também para “evitar destacar o facto de que na preparação dos Princípios, alguns sistemas legais desempenharam um papel mais importante do que outros”¹⁰⁸. A aplicação destes princípios depende da convenção das partes e tal como acontece com os Princípios UNIDROIT, podem ser aplicados quando as partes estipulem que o contrato será regido pelos princípios gerais de Direito, pela *lex mercatoria* (ou expressão similar) e quando as partes não escolham o sistema ou regras jurídicas a aplicar¹⁰⁹. Muitas questões doutrinárias se levantaram sobre o valor e a classificação destes Princípios, considerando o Professor Lima Pinheiro que estes não constituem “Direito objectivo aplicável a

¹⁰⁶ *El Paso v. Arg.*, §624

¹⁰⁷ Principles of European Contract Law, 2000, Artigo 1.101 [B]

¹⁰⁸ BERGER, Klaus Peter, 1999, p. 162

¹⁰⁹ Principles of European Contract Law, 2000, Artigo 1.101 (2)(3)

contratos internacionais” ou uma “codificação de usos” mas “meros modelos de regulação que podem ser incorporados no contrato com o valor de cláusulas contratuais ou podem ser recebidos no conteúdo de normas materiais de um Direito estadual, de uma Convenção internacional ou de um instrumento da União Europeia. Também é concebível que uma norma jurídica atribua aos “princípios” o valor do Direito objectivo

– à semelhança do que frequentemente se verifica com os usos do comércio”¹¹⁰.

Deixando esta discussão doutrinal sobre a sua classificação para mais tarde, é impossível fugir à importância da posituação destes princípios para a afirmação da *lex mercatoria*, na medida em que consagram soluções que se arriscavam a ser pouco mais

do que “letra morta”, ainda para mais tendo a chancela do UNIDROIT e da *Commission on European Contract Law*, instituições credenciadas no plano internacional. A existência dos princípios veio facilitar a tarefa dos tribunais arbitrais que assim, na hora de dirimir litígios, passaram a contar com um documento do qual podiam extrair soluções de direito do comércio internacional. No entanto e apesar de ressaltarmos a relevância e adequação dos Princípios UNIDROIT e dos Princípios Europeus enquanto documentos positivados, não podemos deixar de considerar que os primeiros têm uma maior aplicabilidade prática, visto que mais do que procurar soluções comuns aos Direitos dos países europeus, procuraram a criação de um catálogo de princípios para aplicar na resolução de litígios, por tribunais arbitrais, uma veleidade que a União Europeia, dada as suas características, não pode ter, já que não pode incentivar as partes a submeterem os seus litígios aos tribunais arbitrais, escolhendo regras que não as pertencentes aos direitos nacionais de cada Estado-membro.

Nesta nossa análise à *lex mercatoria* e ainda antes de clarificarmos a nossa posição sobre a mesma, não podemos deixar de analisar brevemente as teorias que negam a existência deste direito autónomo do comércio internacional, escrutinando os argumentos que sustentam as mesmas.

A oposição à *lex mercatoria* é especialmente acentuada na Alemanha, onde é considerada um “fenómeno sociológico”¹¹¹, com autores como Kegel e Gottwald a valorizarem o papel deste ordenamento jurídico como um “interessante desenvolvimento do Direito material”¹¹² ou a ressaltarem o contributo dos tribunais arbitrais para a formação de uma *case law* mas negando-lhe “a liberdade e o poder de

¹¹⁰ LIMA Pinheiro, 2016 – p.138

¹¹¹ Idem, p.139

¹¹² KEGEL, Gerard – “The Crisis of Conflict Laws”, *Recueil des cours, Collected courses of the Hague Academy International Law*, Tomo 112, The Hague 1964, p. 98-261

formular regras independentes ou soluções completamente livres”¹¹³.

Em suma, estes autores procuram reconduzir esta realidade aos Direitos nacionais, que funcionariam como limite e como avalizador da *lex mercatoria*, fazendo depender a relevância das situações transnacionais do reconhecimento por parte das ordens jurídicas estaduais e a criação de Direito por particulares da permissão do legislador estadual. Temos, portanto, uma dupla carência de legitimidade perante as ordens jurídicas nacionais.

Na actualidade, o primeiro argumento parece ter caído em desuso, já que com a emancipação de organizações supraestaduais, como a União Europeia, existem sectores do comércio internacional que encontram a sua regulação directa na ordem jurídica internacional ou europeia, ultrapassando claramente o poder das legislações estaduais. Para além deste aspecto, admitindo-se a formação de grupos autónomos, destinados a prosseguir interesses próprios e limitados à sua actividade, deve ser admitida a criação de complexos normativos próprios, que façam a organização funcionar e que permitam que esta aja na prossecução dos seus objectivos. Ao fazer depender estes ordenamentos da sua criação ou recepção pela ordem jurídica nacional criar-se-ia um “estrangulamento” destas organizações e no limite, dos interesses que estas prosseguem e que constituem, simultaneamente, interesses da própria sociedade. A ideia de que aquilo que o Estado “não autoriza, não tem – justamente no Estado democrático – qualquer possibilidade de vigência”¹¹⁴ tem de ser por nós negada.

Ainda que a preocupação dos autores que formulam estas críticas seja legítima e louvável, a de impedir que o Direito Comercial Internacional fique nas mãos de um “grupo relativamente pequeno de juristas”¹¹⁵ e também que organizações criminosas ou destinadas a fins ilegítimos criem um corpo autónomo de regras que os Estados não consigam combater¹¹⁶, a verdade é que esta preocupação parece-nos carecer de sentido, visto que os princípios gerais de Direito, pedra basilar de qualquer ordem jurídica estadual (e da própria *lex mercatoria*), desempenham na perfeição este papel de controlo da legalidade. Na nossa opinião, estes autores foram longe de mais na teia de controlo que tentaram montar, acabando por adoptar uma postura demasiado

¹¹³ GOTTWALD, Peter – *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Bielefeld, 1997, p. 155 citado em PINHEIRO, Lima, 2016, p.139

¹¹⁴ BAR, Christian von, MANKOWSKI, Peter – *Internationales Privatrecht - Vol. 1, München*, 2003, p.81 citado em PINHEIRO, Lima, 2016, p. 141

¹¹⁵ GOTTWALD, Peter, p. 155 e ss., citado em PINHEIRO, Lima 2016, p. 151

¹¹⁶ DE LY, Filip – “Emerging new Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalization”, *Festschrift für Otto Sandrock zum 70*, Heidelberg, 2000, p.191 e ss.

nacionalista, pelo que é nosso entendimento que se uma sociedade, neste caso composta pelos operadores do comércio internacional, conseguir garantir uma comunhão de valores, de objectivos a realizar e à volta destes, conseguir criar regras que respeitem os princípios gerais de Direito reconhecidos por todos os Estados de Direito, então não parece haver motivo para que esses grupos sectoriais sejam impedidos de ter a sua própria ordem jurídica autónoma¹¹⁷.

Encerrado este capítulo e arrumando-se os obstáculos clássicos colocados à existência de uma ordem jurídica autónoma destinada a regular o comércio internacional, cabe-nos aferir em que moldes funciona esta ordem jurídica.

O Professor Lima Pinheiro considera que a tese de Schmitthoff e seus pares, apesar do mérito de ter dado um importante impulso prático para o desenvolvimento do Direito Transnacional, ficou aquém do desejável em termos da consideração das fontes que constituem este Direito, já que o facto de incluir Convenções internacionais, que depois de recebidas na ordem jurídica de um Estado constituem fonte de uma ordem jurídica estadual como fontes de uma ordem jurídica autónoma não resulta numa justificação e valorização dessa autonomia. Neste sentido, o autor enaltece a evolução operada pelos defensores da visão moderna da *lex mercatoria* (Goldman e outros), partindo para a análise da existência de uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional e respectivos limites através de dois pressupostos, a existência de um espaço transnacional e um consenso básico sobre um certo núcleo de valores comuns, que resulte na existência de uma *societas mercatorum*¹¹⁸.

Quanto ao primeiro pressuposto, não parece haver margem para dúvidas, já que existe um espaço transnacional onde os sujeitos do comércio internacional gozam de autonomia para operar e regular as suas relações, como comprova a regulação destas relações através dos usos e costumes do comércio internacional bem como pela jurisprudencial arbitral, para além da possibilidade de os litígios serem resolvidos com base na autonomia privada das partes que podem designar a lei aplicável ao litígio.

No entanto e quanto ao segundo pressuposto, o Professor Lima Pinheiro conclui que os operadores do comércio internacional não constituem um grupo “suficientemente homogéneo e organizado” para que se possa afirmar a existência de uma *societas mercatorum* que viabilize uma ordem jurídica autónoma. Os motivos desta negação derivam da heterogeneidade dos actores do comércio internacional, não acreditando o

¹¹⁷ PINHEIRO, Lima, 2016, p.143

¹¹⁸ PINHEIRO, Lima, 2016, p.145

autor que “nos Estados árabes, no subcontinente indiano ou no Extremo Oriente vigorem os mesmos padrões éticos ou usos do comércio que na Europa Ocidental ou na América do Norte” e que a acção da CCI apesar de meritória, não é capaz de representar a totalidade dos operadores, devido aos seus objectivos limitados que não passam pela regulação das relações económicas dos seus membros. Assim, negando-se o segundo pressuposto, nega-se, segundo a visão de Lima Pinheiro, a possibilidade de existir uma ordem jurídica autónoma do comércio internacional¹¹⁹.

No entanto, algumas considerações que sustentam esta conclusão não nos convencem em absoluto, na medida em que o autor considera que este conjunto de regras e princípios se baseia numa teoria de fontes deficiente, para, acto contínuo, considerar que “apenas” se podem considerar fontes do Direito autónomo o costume comercial internacional, o costume jurisprudencial arbitral e as regras criadas pelos centros de arbitragem. Ora, a utilização da expressão “apenas” parece-nos pouco clara, já que as fontes enunciadas são capazes de criar soluções suficientes para uma regulação das operações de comércio a nível internacional. E por fim, conclui o Professor Lima Pinheiro que neste momento e face ao seu desenvolvimento, “a *lex mercatoria* não dispõe dos elementos necessários à institucionalização de uma *societas mercatorum* de alcance geral e mundial”. Neste ponto, parece-nos que o ónus de criar uma sociedade de comércio internacional não deve ser atribuído à *lex mercatoria*, cuja pretensão deve ser a de vigorar e regular as operações de comércio internacional, criando um corpo de regras reconhecido, respeitado e com capacidade para dirimir litígios que é precisamente o que acontece actualmente, uma vez que as regras existentes exprimem valores partilhados pela maioria dos operadores do comércio internacional, são aptas à realização desses valores, são formadas por processos autónomos de criação de regras, respeitam os princípios gerais de Direito e os princípios básicos dos Estados de Direito, para além de que são aplicados na arbitragem transnacional como forma de solucionar conflitos¹²⁰. Este catálogo de razões parece-nos suficiente para considerar a existência de um corpo de regras autónomo, especial e especializado num sector de actividade, com uma importância inquestionável e crescente no funcionamento da sociedade de mercado globalizada na qual vivemos. Pedir à *lex mercatoria*, além do mais, que crie uma sociedade que lhe atribua o estatuto de ordem jurídica autónoma parece-nos extrapolar a sua função e pedir-lhe mais do que ela pode dar. Concordamos com a ideia

¹¹⁹ PINHEIRO, Lima, 2016, pág. 148

¹²⁰ Idem, p.149, citando COLLAÇO, Isabel de Magalhães, BRITO, Maria Helena, entre outros

de que as vicissitudes do comércio internacional e dos seus actores, impedem a existência da tal *societas mercatorum*, agora não podemos concordar com a ideia de que é a *lex mercatoria* que falha nessa institucionalização. O que nos parece missão da *lex mercatoria*, a criação de um corpo de regras adequado e destinado a resolver problemas específicos de um certo sector, tem sido conseguido, ficando assim garantida a sua vigência, patenteada pelo constante recurso por parte da arbitragem transnacional a este corpo de regras.

Afirmada a vigência da *lex mercatoria*, resta analisar o seu âmbito de aplicação. Nesse sentido, nada melhor do que analisar como se opera a aplicação deste corpo autónomo de regras por parte dos tribunais arbitrais, quer no funcionamento interno dos centros de arbitragem quer quanto ao Direito aplicável ao mérito da causa.

No que diz respeito aos estatutos dos centros de arbitragens, é natural a afirmação de que o Direito autónomo é predominante, na medida em que, regra geral, os centros de arbitragens não são constituídos por um Estado nem de acordo com uma fonte de direito estadual, pelo que são regidos por estatutos próprios que ficarão responsáveis pela regulação de questões processuais, tais como a constituição, competência e funcionamento do tribunal arbitral, questão que já analisámos aquando da análise à Convenção ICSID. Esta convenção, à semelhança de outros regulamentos de centros de arbitragem constituem uma “importantíssima fonte autónoma de Direito Transnacional da Arbitragem”¹²¹, na medida em que emanam normas próprias, de *lex mercatoria*, que vincularão os árbitros desde o início da decisão do caso e também no sentido em que as soluções consagradas neste estatuto serão um importante veículo para a formação de costume jurisprudencial, consagrando mecanismos que permitam que as decisões dos tribunais constituídos ao abrigo da convenção, sejam convergentes. Esta convergência foi uma vez mais patenteada na decisão El Paso, visto que os juízes citavam frequentemente múltiplas decisões anteriores de tribunais do ICSID. No entanto, e apesar da sua autonomia face aos Estados e às respectivas ordens jurídicas, estes estatutos são influenciados pelas pretensões dos Estados e estão obrigados a respeitar os elementares princípios processuais, comuns à maioria dos Estados de Direito, tais como o direito ao contraditório e à igualdade das partes.

Já aqui sublinhámos a importância de uma regra como a presente no artigo 42º da convenção do ICSID, a que confere às partes a liberdade de designar o Direito

¹²¹ PINHEIRO, Lima, 2016, pág.153

aplicável ao mérito da causa com a possibilidade de os árbitros, na falta de escolha das partes, poderem aplicar os princípios de direito internacional aplicáveis. Ora, um artigo com esta formulação deixa em aberto desde logo, duas possíveis formas de aplicação da *lex mercatoria*, seja através da designação das partes ou de uma decisão dos árbitros nesse sentido, no caso de as partes não fazerem uso da faculdade concedida por este artigo. Estes dois caminhos que levam à aplicação da *lex mercatoria* podem ser caracterizados, quanto à sua natureza, como conflituais, já que a sua fonte é uma regra de conflitos constante da Convenção do *ICSID*. No entanto, existe também a possibilidade de a *lex mercatoria* ser aplicada de forma directa, sem o recurso ao Direito de conflitos. Assim, e na eventualidade de as partes ou de o Tribunal optarem pela aplicação de um Direito estadual ao mérito da causa, os chamados “princípios do comércio internacional”, constituídos pelos usos e costumes do comércio internacional, deverão ser sempre tidos em consideração pelos árbitros. Como diz o Professor Lima Pinheiro, no caso em que as partes tenham escolhido um sistema jurídico, normalmente um Direito estadual, os usos do comércio têm um “valor interpretativo e integrativo do negócio jurídico”, estatuto que não depende da atribuição desse valor por parte do Direito estadual, o que significa que os usos do comércio acabarão por se impor, independentemente das considerações da lei escolhida. Já no caso em que as partes escolham a *lex mercatoria* para regular a relação, então o seu papel já não será apenas de interpretação e integração, naturalmente, e os únicos limites que serão impostos às partes serão os provenientes de princípios da ordem pública internacional e de normas imperativas estaduais. No entanto, este limite mostra-nos já que é difícil afastar as ordens jurídicas nacionais dos litígios. Ainda assim, podemos concluir pela possível aplicação da *lex mercatoria*, seja através do direito conflitual da instituição responsável pela resolução do litígio ou através de uma aplicação directa, situação que uma vez mais, atesta a importância do Direito Transnacional na resolução de litígios.

Não poderíamos concluir esta análise à *lex mercatoria* e à sua aplicabilidade sem olharmos para a solução consagrada na lei portuguesa aplicável à arbitragem, a LAV¹²².

Dentro deste diploma, o nosso destaque recai sobre o artigo 52º, que diz respeito ao direito aplicável ao fundo da causa. O número 1 deste artigo consagra a autonomia privada das partes que podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se não os tiverem autorizado a julgar segundo a equidade. Para além deste princípio, já

¹²² Lei nº63/2011, de 14 de Dezembro (Portugal)

consagrado na convenção do ICSID, por exemplo, o legislador português introduz uma característica distintiva, a de que qualquer designação da lei ou sistema jurídico de um Estado se considera, salvo estipulação em contrário, como designando directamente o direito material do Estado e não as suas normas de conflito, praticando-se assim uma referência material, ao contrário da referência global que é praticada pela convenção do ICSID. No número 2 do artigo estabelece-se que na falta da escolha das partes, o tribunal arbitral aplica o direito do Estado com o qual o objecto do litígio apresente uma conexão mais estreita. Ora, neste ponto temos outra novidade, desta feita por comparação com a anterior LAV, a de 1986¹²³, cujo texto do artigo 33º mandava atender ao “direito mais apropriado ao litígio”. Ora desta novidade, resulta uma menor liberdade para o árbitro em termos de escolha do direito a aplicar ao litígio e resulta, numa primeira fase, na exclusão da aplicabilidade da *lex mercatoria*. Como explica a Professora Maria Helena Brito, a introdução do critério da conexão mais estreita visa “evitar a rigidez e arbitrariedade dos elementos de conexão tradicionalmente utilizados em matéria de contratos”, obrigando o tribunal arbitral a não se concentrar num elemento de conexão em específico, já que “deve avaliar o conjunto de circunstâncias do caso concreto e ponderar todos os laços (de natureza objectiva ou subjectiva) entre a situação e os ordenamentos em presença, de modo a encontrar o direito que apresenta uma ligação mais significativa com a relação material litigiosa” e na falta de escolha das partes, os árbitros ficam impedidos de “escolher regras jurídicas anacionais”, já que se vêem forçados à escolha do “direito de um Estado”¹²⁴. No entanto, o número 3 deste artigo faz-nos retroceder quanto a esta conclusão, já que estabelece que nos casos referidos nos números anteriores, “o tribunal arbitral deve tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes”. De facto, este número 3 vem reintroduzir alguma actualidade à nossa LAV, já que nos parecia desapropriado que a lei portuguesa aplicável à arbitragem excluísse a aplicação da *lex mercatoria*, num momento em que a doutrina portuguesa admite e acolhe a aplicação deste meio de regulação. A novidade existente na LAV quanto ao critério da “conexão mais estreita” prevista no artigo 52º, número 2 causou alguma celeuma entre a doutrina, encabeçada pelo Professor Lima Pinheiro, que considera mais adequado o entendimento consagrado na LAV de 1986, o do “direito mais apropriado ao litígio”, o que vai ao

¹²³ Lei 31/86, de 29 de Agosto (Portugal)

¹²⁴ BRITO, Maria Helena - “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles* (Coord. MIRANDA, Jorge, CANOTILHO, J.J.Gomes, BRITO, José de Sousa e, e out.), Vol. 2, Coimbra, 2012, p. 43

encontro do entendimento dos regulamentos de centros de arbitragem, na sua maioria, isto porque possibilita atender ao conteúdo das leis cuja aplicação é possível e escolher aquela que se considerar mais apropriada. No entanto, esta polémica não afecta a conclusão de que o “Direito português (...) estabelece expressamente a relevância autónoma dos usos na arbitragem internacional (art. 52º/3 LAV)”¹²⁵. Em jeito de conclusão da nossa análise às disposições da LAV, temos de referir o artigo 61º que em matéria de aplicação especial, estatui que a LAV é “aplicável a todas as arbitragens que tenham lugar em território português, bem como ao reconhecimento e à execução em Portugal de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro”.

Aqui chegados e face à análise que fizemos, é incontornável afirmar a aplicabilidade da *lex mercatoria*. De facto, consideramos que a doutrina alemã que nega a aplicabilidade da *lex mercatoria*, considerando-a um fenómeno sociológico e exigindo a recepção por um ordenamento jurídico estadual como meio de legitimação, ficou de certo modo parada no tempo, não acompanhando a evolução da sociedade e do direito. Os tribunais arbitrais não param de ver a sua importância aumentar e o facto de estes aplicarem um corpo de regras e princípios, dotados de carácter universal, flexíveis, dinâmicos, com possibilidade de crescimento, informais, céleres e creditadas pelo costume e práticas comerciais¹²⁶, fazem com que as teorias oposicionistas se esvaziem de sentido. Ao solucionar os litígios através do recurso a este direito autónomo, os árbitros escolhem um corpo de regras adequado e “desenhado” para responder aos problemas do comércio internacional, evitando a aplicação de regras nacionais desadequadas para resolver litígios que envolvam contratos internacionais, para além de se garantir que o caso será decidido por um terceiro imparcial, cuja jurisdição provém do consenso das partes e que garantirá que nenhuma das partes terá do seu lado “o factor casa”, o que deixa a contraparte na desagradável posição de ver um litígio ser solucionado através das soluções da lei nacional da outra parte no litígio¹²⁷. Tudo isto origina uma plataforma equilibrada e justa de resolução de litígios, o que é uma pretensão do direito que, infelizmente, nem sempre é atingida.

A *lex mercatoria* granjeia um respeito indesmentível e fruto disso “a regulação do comércio internacional vem sendo progressivamente assumida pelos próprios

¹²⁵ PINHEIRO, Luis de Lima - *Direito Internacional Privado – Direito de conflitos, parte especial*, Vol. II, Coimbra, 2015, p.729

¹²⁶ BENSON, Bruce L. – “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, *Southern Economic Journal*, Vol.55, 1989, p.654

¹²⁷ LANDO, Ole – “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston, London, 1991, p. 144

interessados”¹²⁸ através da multiplicidade de soluções consagradas pelas suas fontes, quer seja através da sua aplicação pelos tribunais arbitrais ou pela sua invocação pelos tribunais nacionais, como já sucedeu em Portugal, com uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça que recorreu aos Princípios UNIDROIT e aos Princípios Europeus para corroborar o seu entendimento.¹²⁹

Mais intrincada será a questão de saber em que estágio de desenvolvimento e afirmação se encontra a *lex mercatoria*. O Professor Lima Pinheiro considera que “a situação actual é transitória” e que em condições normais, assistiremos “a uma positivação de grande parte das soluções autónomas” e que por esse motivo, a *lex mercatoria* ainda não chegou à sua fase adulta, aquela em que se afirmará “como um Direito Transnacional apto a regular sistematicamente os contratos do comércio internacional.”¹³⁰. Quanto a esta positivação, considerada essencial para a chegada da fase adulta da *lex mercatoria*, Klaus Peter Berger já assinalava em 1999 o dilema vivido neste âmbito, assinalando o mérito dos Princípios UNIDROIT e dos Princípios Europeus que ajudavam à consolidação da existência de um sistema jurídico comercial, no plano internacional, enaltecendo a importância da positivação, no sentido em que permitia aos tribunais e às partes fazer uma referência concreta a estes Princípios através de um número de página ou de artigo, possibilitando a todos a sua consulta imediata. No entanto, assinalava já o autor que um sistema de “*law in action*” como a *lex mercatoria* necessita de um elevado grau de flexibilidade e abertura, necessidade que não é atingida através da codificação dos Princípios UNIDROIT e dos Princípios Europeus, já que não são técnicas suficientemente flexíveis para um sistema legal aberto como este. É neste sentido que Klaus Peter Berger avança com o conceito de “*creeping codification*”¹³¹, consubstanciado através da publicação de listas que contenham princípios, regras e institutos de direito comercial transnacional. Esta técnica garante que existe uma “ferramenta” útil à aplicação da *lex mercatoria* pelos tribunais arbitrais na decisão dos casos sem acarretar que esta se torne estática como normalmente acontece aos princípios, após a sua codificação. Foi assim que o autor publicou uma lista inicial de 60 princípios, regras e institutos (hoje são já 134), importantes não só para os tribunais arbitrais mas também para os tribunais nacionais. Esta criação corrobora a “riqueza e a saúde do direito comercial transnacional” e levou o autor a

¹²⁸ BRITO, Maria Helena, 2004, p.123

¹²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/10/2010, processo nº 1285/07.7TJVN.F.P1.S1

¹³⁰ PINHEIRO, Lima, 2016, p. 138

¹³¹ BERGER, Klaus Peter, 1999, p.233

afirmar que a “*lex mercatoria* já não é um mito” como afirmava Georges Delaume¹³² e que se constituía já uma realidade, tanto na teoria como na prática. No entanto, não podemos deixar de assinalar que 18 anos volvidos da publicação deste texto, a *lex mercatoria* continua a viver o dilema descrito. É certo que a actividade dos tribunais arbitrais se desenvolveu e com ela, surgiram mais decisões, capazes de criar uma jurisprudência arbitral passível de ser elevado à categoria de costume jurisprudencial. No entanto e no que às outras fontes diz respeito, pouco ou nada se desenvolveu, o que deixa a *lex mercatoria* numa espécie de estado dormente que em nada ajuda à sua afirmação. No seu texto, Berger dizia que o paradigma da *lex mercatoria* havia mudado e que a questão a fazer já não era “*lex mercatoria*: sim ou não?” mas “*lex mercatoria*: quando e como?”, conclusão que partilhamos em absoluto. No entanto, a verdade é que 18 anos depois, ainda não existe uma resposta peremptória a esta pergunta, capaz de afastar as dúvidas existentes. É, porventura, esta indefinição que leva a que se caracterize esta fase da *lex mercatoria* como transitória e que motiva parte da doutrina a manter a ideia de complementaridade com os direitos nacionais ao invés de afirmar a completa autonomia da *lex mercatoria* na regulação das situações de comércio internacional. A imperfeição do sistema não afecta a sua aplicabilidade, visto que se “muitos sistemas nacionais foram imperfeitos no passado e alguns ainda o são”¹³³ sem que a sua aplicabilidade tenha sido afectada, então não faz sentido colocar em causa a aplicabilidade da *lex mercatoria* com base nesse pressuposto. É possível que este estado dormente da *lex mercatoria* seja causado pela falta de homogeneidade, de coesão da sociedade comercial como um todo, a tal *societas mercatorum* que o Professor Lima Pinheiro afirma não existir, da mesma maneira que é possível que ordenamentos jurídicos autónomos destinados a regular sectores do comércio internacional dotados de uma maior homogeneidade e coesão, que disponham de organizações sectoriais que se ocupem da “compilação ou consolidação de usos e costumes do comércio” e que realizem uma “actividade criativa de modelos de regulação” tenham mais hipóteses de reconhecimento global. É precisamente um desses sectores e o respectivo ordenamento jurídico que analisaremos de seguida.

¹³² DELAUME, George – “Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: the Myth of the Lex Mercatoria”, *Tulane Law Review*, 1989. p. 575 ss.

¹³³ LANDO, Ole, p.149

V – A *Lex Petrolea*: a influência da *Lex Mercatoria* na sua formação e o seu papel enquanto ordem jurídica autónoma do sector petrolífero

Se a *Lex Mercatoria*, ressurgida nos anos 60 do século XX, tem origens no período medieval, a *Lex Petrolea* surgiu de rompante nos anos 70 do século XX.

Em 1975, o Professor egípcio Ahmed Sadek El-Kosheri no decorrer de uma aula sobre o regime legal criado pelos contratos de participação no sector petrolífero, na Academia de Direito Internacional da Haia, admitiu pela primeira vez uma “desnacionalização” deste tipo contratual, concluindo que “seja escolhida pelas partes ou escolhida pelo juiz ou árbitro, a ordem jurídica na qual o acordo de participação é incorporado permite acima de tudo uma certa transnacionalização de acordo com as técnicas jurídicas apropriadas que são essencialmente criadas pelos tribunais arbitrais. Nesse sentido, podemos notar um crescente recurso aos “princípios gerais” e a uma elaboração gradual de uma verdadeira *lex petroleum* de natureza transnacional”¹³⁴.

O Professor El-Kosheri assumirá, como veremos, um papel central no surgimento e afirmação da *lex petrolea*. Formado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Cairo, mudou-se a meio da década de 50 para França onde deu continuidade ao seu percurso académico, culminado com a publicação da sua tese de doutoramento, subordinada ao tema da “Noção de Contrato Internacional”, em 1962. Na mesma década e no mesmo país, os já citados Professores Berthold Goldman, Philippe Kahn e Philippe Fouchard¹³⁵ deram origem à chamada *École de Dijon*, conhecida pela defesa de um conceito que nos é caro, o de uma ordem jurídica autónoma e específica destinada a regular o comércio internacional, a *lex mercatoria*. Foi a partir desse conceito e numa tentativa de fazer uma aplicação sectorial do mesmo que o Professor El-Kosheri desenvolveu as ideias transmitidas na Haia, em 1975. A relação entre este académico egípcio e a *École de Dijon* foi mantida e dinamizada ao longo dos anos, culminando em 2010 com a atribuição do título de *doctor honoris causa* pela Universidade de Borgonha pelos seus estudos no âmbito do Direito Internacional. Assim, podemos concluir que “a ideia de uma *Lex Petrolea* transnacional tem pelo menos 40 anos e foi concebida na tradição legal francesa, no território de Dijon”¹³⁶.

¹³⁴ EL-KOSHERI, Ahmed Sadek – “Le regime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier”, *Recueil des cours, Collected courses of the Hague Academy International Law 1975 IV*, Tomo 174, The Hague, 1978, p. 337

¹³⁵ FOUCHARD, Philippe - *L'Arbitrage Commercial International*, Paris, 1965

¹³⁶ A. DE JESÚS O. - “The Prodigious Story of the *Lex Petrolea* and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society”, *TPLI Series on Transnational* -

Se os anos 60 e 70 foram prolíficos em termos de desenvolvimento das teorias dos ordenamentos jurídicos autónomos, a verdade é que foram igualmente férteis em conflitos no sector petrolífero. Como já referimos, a crise energética de 1973 e a vaga nacionalizadora, que se seguiu, deram origem a bastantes casos de nacionalizações e expropriações que acabaram sob a jurisdição dos tribunais arbitrais. Três destes casos envolveram a Líbia (*BP vs. Libya*, em 1973; *LIAMCO vs. Libya*, 1977 e no mesmo ano, *TOPCO vs. Libya*), que em 1969 passou a ser governada por um regime ditatorial, encabeçado pelo general Muammar al-Gaddafi que cedo encetou uma política de nacionalizações. Destes três casos, apenas um tem data anterior à aula do Professor El-Kosheri na Haia, no entanto, as três decisões partilham entre si o facto de terem ignorado por completo a *lex petrolea*. Curiosamente, esse é um dos poucos aspectos que as três decisões partilham, já que quanto à natureza do contrato de concessão e quanto à ordem jurídica na qual o mesmo devia ser integrado, os tribunais arbitrais decidiram enveredar por três caminhos diferentes, o que naturalmente deu origem a três decisões diferentes, originando uma situação algo caricata, bem resumida pela Professora Brigitte Stern (que viria a ser árbitra no caso *El Paso*), “três arbitragens, um problema comum, três soluções”¹³⁷, o que diz muito da forma como o sector petrolífero era regulado na década de 70.

De modo a conferir alguma coerência e sentido comum a estas decisões, analisadas actualmente, duas soluções parecem adequadas. Ou a individualização destes contratos face a qualquer ordem jurídica nacional ou internacional, considerando-se os contratos como transnacionais mas dotados de uma completa autonomia e portanto capazes de criar uma ordem jurídica própria (*contrat sans loi*) ou então considerá-los contratos transnacionais, sim, mas integrados numa ordem jurídica transnacional que, por sua vez, é autónoma face às ordens jurídicas nacionais e internacionais (o modelo da *lex mercatoria*)¹³⁸. Temos, portanto, uma situação em que o contrato em si é autónomo face a qualquer ordem jurídica e outra na qual é a ordem jurídica na qual o contrato se encontra integrado que goza dessa autonomia.

No entanto, nenhuma destas soluções foi considerada pelos árbitros designados para os casos em questão que na hora de decidir os três casos, optaram pela incorporação do contrato na ordem jurídica nacional num dos casos, pela sua

Petroleum Law Vol.1, Nº1, Paris, 2012, p.11

¹³⁷ STERN, Brigitte – “Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l’arbitrage international”, *Revue de l’arbitrage*, Paris, 1980, p. 3

¹³⁸ A. DE JESÚS O., 2012, p.9

incorporação na ordem jurídica internacional noutro e pela não incorporação em nenhuma ordem jurídica, decidindo de acordo com os princípios gerais de direito, talvez a solução mais consentânea com aquilo que eram as tendências autonomizadoras do direito, já em desenvolvimento nessa altura.

Em 1982, surgiu outro caso importante e marcante para a arbitragem petrolífera, o caso *Kuwait v. Aminoil*¹³⁹. Na origem deste caso, estava um acordo celebrado em 1948 entre a *Aminoil*, uma empresa norte-americana e o Governo do *Kuwait* para uma concessão de 60 anos, através do qual a *Aminoil* pagava em *royalties* (de quantia fixa) por cada tonelada de crude extraído. O acordo celebrado continha uma cláusula de estabilização que impedia o Governo do *Kuwait* de alterar ou anular os termos acordados. Em 1961, as duas partes decidiram juntar ao pagamento dos *royalties*, uma divisão de lucros de 50/50 e em 1973 deu-se uma nova alteração do acordo com nova melhoria das condições oferecidas ao Estado. No entanto, este acordo nunca viria a ser ratificado já que, na sequência da crise energética de 1973, os países pertencentes à OPEP, à qual o *Kuwait* pertencia, clamaram por melhores condições, pedido que não foi atendido pela *Aminoil*. Deste modo, em 1977, o Governo decidiu pôr termo à concessão e nacionalizar os bens, admitindo, no entanto que devia um pagamento à companhia norte-americana. Esta, por sua vez, pediu 3 biliões de dólares pelos lucros que seriam obtidos até 2008, data do termo da concessão.

A importância deste caso para o sector petrolífero e para a *lex petrolea* prende-se mais com a argumentação usada por uma das partes (o Governo do *Kuwait*) do que com a decisão em si. Assim e a propósito da discussão da indemnização devida à *Aminoil*, o Governo do Kuwait defendeu que “a única compensação que a empresa pode pedir deve ser determinada com base em precedentes resultantes de negociações transnacionais e acordos sobre compensação” e que estes precedentes, criados pelas nacionalizações ocorridas no Médio Oriente e noutras regiões do globo no período 1971-1977 tinham instituído “uma regra de carácter internacional e costumeiro válida para a indústria petrolífero, a *lex petrolea*, uma espécie de ramo particular de uma universal e geral *lex mercatoria*”.

Esta foi a primeira sentença publicada a conter a expressão *lex petrolea* e logo definindo-a como um ramo específico da *lex mercatoria*, encetando uma relação que se viria a prolongar no tempo, como já veremos. Ora, o Governo do *Kuwait* seguiu esta

¹³⁹ Kuwait v. AMINOIL, Ad hoc Award 24 March 1982

linha argumentativa e o curioso é que na sua lista de conselheiros para este caso constava o nome do Professor El-Kosheri que apenas 2 anos antes do início da discussão do caso havia dado a sua aula na Haia na qual se referiu pela primeira vez à *lex petrolea*. As peças do *puzzle* da ordem jurídica autónoma para o sector petrolífero começavam a encaixar-se neste momento.

A verdade é que os defensores da *lex petrolea* se associaram de forma inteligente, na nossa opinião, à *lex mercatoria*, sentindo que a batalha a travar era a mesma, embora uma mais específica que a outra. A oposição a ambas baseia-se na mesma ideia, acreditando que o caminho para “lidar com relações internacionais é através da aplicação do método de conflitos de leis, ou seja, “nacionalizando” as relações internacionais e condená-las à aplicação de regras de direito nacional criadas para regular relações nacionais”, sem que haja uma proposta alternativa e adequada de regulação, numa posição que, segundo os defensores de ambas as doutrinas, não acompanhou a evolução do mundo e de um Direito, cada vez mais dotado de “novas práticas, códigos de conduta, novos contratos, contratos-modelo, codificações doutrinárias e jurisprudência arbitral”¹⁴⁰. Deste modo, estas ordens jurídicas autónomas trilharam uma linha argumentativa semelhante para justificarem a sua existência e a sua aplicabilidade, assente na mudança de quatro paradigmas, na economia internacional, no direito dos contratos, no direito privado internacional e quanto ao positivismo por parte do Estado.

Na opinião da doutrina que defende as ordens jurídicas autónomas, em termos económicos, a nossa sociedade passou de internacional a global, rejeitando a ideia de uma economia fragmentada de acordo com fronteiras geográficas, políticas e legais. O direito contratual, outrora destinado a regular contratos de curta duração passou a ter de lidar com contratos de longa duração, com as naturais consequências em termos de respeito pelo princípio da intangibilidade dos contratos. Em termos de direito internacional privado, este encontrava-se sedimentado na ideia da economia internacional para os quais os métodos conflituais eram adequados e suficientes, pelo que a entrada em vigor de uma economia à escala global clamava por regras mais apropriadas, de carácter transnacional e que evitassem a aplicação de leis nacionais a situações que extravasassem as fronteiras de um país. E por fim, se o positivismo jurídico de Kelsen era uma verdade incontestada com os anteriores paradigmas, a

¹⁴⁰ A. DE JESÚS O., 2012, p.12

substituição destes acarreta que não se possa aceitar que uma lei apenas possa ser emanada por um Estado e obriga a reconhecer validade a instrumentos jurídicos que sejam criados fora da alçada de um Estado, por exemplo, nas organizações sectoriais como a *UNCITRAL* e a *AIPN*, esta no âmbito do sector petrolífero¹⁴¹.

Para explicar a evolução ocorrida no âmbito das ordens jurídicas autónomas, mais concretamente em relação à *lex mercatoria*, recorreremos a uma metáfora do Professor Alfredo de Jesús que se inspirou em duas representações de rinocerontes de Salvador Dalí para mostrar como a *lex mercatoria* evoluiu ao longo dos tempos, basicamente, a diferença entre esta ordem jurídica antes da entrada em vigor dos novos paradigmas e da entrada em acção da chamada *École de Dijon*. No entender deste académico, a *lex mercatoria* dos anteriores paradigmas vigentes poderia ser representada pela obra “*Cosmic Rhinoceros*” de Dalí.

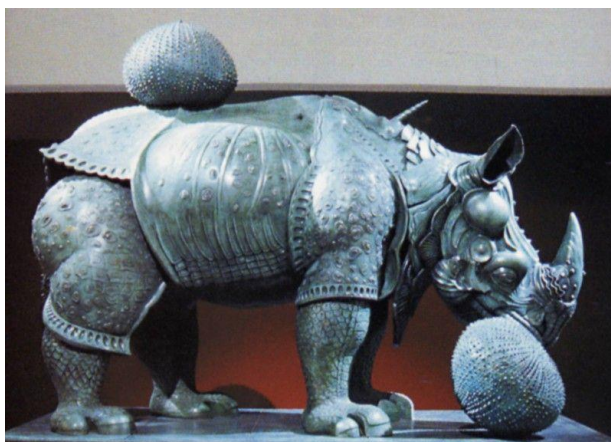


Este rinoceronte, representado com pernas de girafa no lugar de pernas de rinoceronte, é caracterizado por uma extraordinária capacidade para encarar a realidade com uma perspectiva diferente e olhando já o futuro, capacidade potenciada pelas suas pernas de girafa. No entanto, a pirâmide de ouriços-do-mar que carrega nas suas costas representa o peso da tradição e o facto de não haver uma ruptura com o passado, mais concretamente com o positivismo de Kelsen e a exigência de que as ordens jurídicas estaduais reconheçam a *lex mercatoria* para que esta seja aplicável, tal como defendia

¹⁴¹ Idem, p.13

Schmitthoff, entre outros. Em suma, um rinoceronte do passado mas com os olhos postos no futuro.

Já para representar a *lex mercatoria* “actual”, isto é, aquela que surgiu com a mudança de paradigmas e após as obras de Goldman, Kahn, entre outros, o autor escolheu a obra “*Rhinoceros dressed in lace*”.



Este rinoceronte, bastante mais robusto e sustentado por pernas de rinoceronte, transmite uma ideia de força e consistência. As suas pernas, fortalecidas pelos conhecimentos adquiridos, permite-lhe avançar num mundo complexo, globalizado e caótico no qual se desenvolvem as relações económicas. A pirâmide de ouriços-do-mar desapareceu, mantendo-se um ouriço no dorso do rinoceronte, a representar a tradição que a “nova” *lex mercatoria* não deixa de respeitar. O outro ouriço aparece na frente, no chão, dominado pelo rinoceronte em representação do fim de uma concepção piramidal da sociedade e do Direito, seguindo a ideia de que a anterior pirâmide de regras foi substituída por uma rede de normas, com diversas ordens jurídicas, de características distintas a interagirem entre si¹⁴².

Esta imagem dos rinocerontes foi transposta para a *lex petrolea*, devido à partilha de valores e características entre as duas ordens jurídicas e especialmente pelo facto de o sector petrolífero ser globalizado, de os contratos celebrados neste sector serem de longa duração, muito raramente regulados exclusivamente por regras de conflitos de origem estadual e pelo facto de a “standardização” dos contratos, as regras criadas pelas associações especializadas e a jurisprudência arbitral terem criado um corpo de regras cuja aplicabilidade prática e específica não pode ser ignorada.

¹⁴² Idem, p. 14-19

No entanto e apesar de parecer, até este momento, que estamos a descrever uma relação umbilical entre estas duas ordens jurídicas, a verdade é que existem diferenças, nomeadamente ao nível dos resultados e da aceitação destas duas ordens jurídicas. Tentaremos perceber porque motivo numa batalha semelhante, travada com armas semelhantes, os resultados serem diferentes.

Ambas as ordens jurídicas assentam numa premissa simples: a de que regras específicas são capazes de assegurar uma regulação mais eficaz por comparação com regras gerais. Nesse sentido, a preocupação destas ordens jurídicas é a consagração de um corpo de regras que vá ao encontro das necessidades do comércio internacional e do sector petrolífero, respectivamente. O elenco de fontes que originaram e sustentam a *lex petrolea* não difere muito do elenco de fontes da *lex mercatoria*. Os princípios gerais, os usos e o costume desempenham um papel importante, sendo esta a base que sustentou as primeiras ideias de autonomia. No entanto, e à semelhança do que tem acontecido com a *lex mercatoria*, os últimos anos têm representado uma evolução e um maior desenvolvimento no que às fontes diz respeito. Assim, e com uma assumida influência dos Princípios UNIDROIT e dos Princípios Europeus¹⁴³, a sociedade transnacional do petróleo tem criado, de forma espontânea, novas regras, através do surgimento de novos contratos e cláusulas que normalmente acabam por ser “standardizadas” e tornadas em contratos-modelo ou em codificações doutriniais de regras. Já nos referimos à importância da AIPN e ao seu importantíssimo papel na formulação de contratos-modelo, o que leva a que pelo menos 80% das cláusulas sejam comuns à maioria dos contratos petrolíferos. Digamos que a AIPN está para a *lex petrolea* como a CCI está para a *lex mercatoria*. No entanto, já aqui fizemos menção à crítica do Professor Lima Pinheiro à CCI, considerando que esta não tem o condão de unir uma sociedade heterogénea nem tem conseguido criar um modelo de regulação da sociedade comercial. Ora, é aqui que encontramos uma das diferenças entre as ordens jurídicas. A AIPN não tem cessado esforços no sentido de tentar unir a sociedade petrolífera e consequentemente, de a dotar de um corpo de regras que legitime a sua acção, beneficiando na nossa opinião de uma maior heterogeneidade em relação à sociedade do comércio mundial. Partindo da dúvida do Professor Lima Pinheiro de que os operadores de comércio da Europa partilhem valores e interesses semelhantes aos dos operadores de comércio de África ou da América Latina, podemos afirmar que os operadores do

¹⁴³ Idem, p.24

sector petrolífero partilham, a nível mundial, um objectivo comum, o de assegurar que a exploração petrolífera e o seu aproveitamento são possíveis e capazes de gerar lucros e proveitos a todos os intervenientes¹⁴⁴. E a homogeneidade deste sector é corroborada por outra figura sobre a qual já nos detivemos, as *joint ventures*. De facto, não haverá maior prova da homogeneidade de um sector do que o facto de os seus *players* actuarem de forma concertada em algumas das fases do processo de produção. É por esse motivo que se diz que a actividade de “*upstream* na indústria petrolífera é única”, pelo modo como empresas concorrentes lidam entre si¹⁴⁵. Este objectivo comum, assumido e perseguido por toda a indústria, colocando de lado factores concorrenciais de modo a aumentar os benefícios de cada uma das empresas, beneficiando o todo em detrimento do individual, aliado ao facto de existir uma associação que consegue implementar contratos-modelos utilizados pela maioria da indústria, criou o conceito de Solidariedade Petrolífera, uma espécie de laço que se cria entre os *players* da indústria petrolífera através da cooperação gerada e que se sobrepõe aos interesses individuais. Este conceito da Solidariedade Petrolífera é um dos valores fundamentais da chamada *Societas Petroleatorum*¹⁴⁶, conceito inspirado no conceito de *Societas Mercatorum* de Philippe Kahn e cuja existência foi colocada em causa pelo Professor Lima Pinheiro que, na sua exposição, afirmou que seria mais fácil a afirmação de sociedades mais sectoriais, mais homogéneas, abrindo aí a porta para a afirmação desta *Societas Petroleatorum*, cuja existência, na nossa opinião e face ao exposto, deve ser reconhecida e afirmada.

Em todo este processo de afirmação da *lex petrolea*, não podemos deixar de referir a importância fulcral da jurisprudência arbitral. Se é verdade que esta já havia desempenhado um papel central no processo de consolidação da *lex mercatoria*, consideramos que a sua importância no âmbito da *lex petrolea* foi ainda maior, por uma série de motivos. Primeiro, porque as decisões arbitrais são mais acessíveis na indústria petrolífera do que no sector comercial, porque neste último proliferam cláusulas de confidencialidade¹⁴⁷ que impedem a publicação das decisões, o que torna bastante mais complicada a actividade de estabelecer linhas de acção que conduzam à criação de precedente. Relativamente à existência de precedente, tal como no âmbito da arbitragem

¹⁴⁴ Idem, p.39

¹⁴⁵ MARTIN, Timothy, PARK, Jay, pág. 4

¹⁴⁶ A. DE JESÚS O., 2012, p.39

¹⁴⁷ MARTIN, Tim – “Lex petrolea in international law”, *Dispute Resolution in the Energy Sector: A Practitioner’s Handbook*, London, 2012, p. 8

comercial, não existe uma regra estabelecida de precedente na arbitragem petrolífera mas não nos parece que esse motivo possa ser uma forma de colocar em xeque a aplicabilidade desta ordem jurídica autónoma, visto que, como já fomos dando nota através de exemplos concretos, os árbitros “decidem em contexto e não no vazio”¹⁴⁸. Para além disso, as próprias partes detêm-se sobre argumentos de casos anteriores de modo a formularem os seus e os árbitros olham para as decisões anteriores sobre esses argumentos para estabelecerem a sua linha de acção. Assim, os tribunais arbitrais agem, no exercício das suas funções, como órgãos desta ordem jurídica autónoma, desempenhando um “papel fundamental na criação e na construção da *Lex Petrolea*”¹⁴⁹.

Outra das razões pelas quais a arbitragem petrolífera desempenha um papel de maior importância na *lex petrolea* face à *lex mercatoria* prende-se com a maior propensão para o surgimento de litígios neste sector, devido à longa duração dos contratos. O efeito do tempo num contrato petrolífero é incontornável e a “única certeza que uma parte num contrato moderno de longa duração tem no momento da negociação é que, em algum momento da duração do contato, alguma coisa acontecerá que transformará a falsa sensação de certeza e estabilidade num mundo de incerteza e caos contratual”¹⁵⁰. Deste modo, é importante que as partes determinem o regime jurídico aplicável aos seus contratos, o que nem sempre acontece, pelo que uma vez mais, esta importante decisão fica nas mãos dos tribunais arbitrais. No entanto e como já vimos, o princípio da autonomia privada confere às partes uma ampla margem de liberdade que lhes permitirá escolher um sistema estadual, uma solução mitigada que combine uma lei nacional com o direito internacional ou a *lex petrolea* que inclui os princípios gerais de Direito. Ao longo dos tempos, os juristas aconselhavam as partes a não fazerem a opção pelos princípios gerais de Direito, de forma a evitar alguma imprecisão fruto do facto de serem normas de conteúdo vago e geral mas a verdade é que esta foi uma escapatória muitas vezes utilizada pelas partes e pelos tribunais. Apesar de a primeira referência pública à *lex petrolea* datar de 1982, no supracitado caso *Aminoil*, a verdade é que a primeira aplicação da *lex petrolea* (ainda que sem nome) data de 1951, no caso *Petroleum Development Ltd. v. Sheik de Abu Dhabi*¹⁵¹. Neste caso e na falta de indicação da lei aplicável, o tribunal recorreu ao artigo 17º do contrato que dizia que o contrato se executaria segundo o “princípio da boa fé e integridade e que seria

¹⁴⁸ Idem, p.2

¹⁴⁹ A. DE JESÚS O., 2012, p.47

¹⁵⁰ Idem, p.30

¹⁵¹ *Petroleum Development Ltd. V. Sheik de Abu Dhabi*, Ad hoc Award September 1951

interpretado de maneira razoável” e concluiu que não se deveria aplicar nenhum sistema nacional mas optar pela aplicação de “princípios baseados no bom senso e nas práticas comuns da generalidade das nações civilizadas”.

Apenas sete anos volvidos, surgiu nova decisão (Arábia Saudita v. *ARAMCO*)¹⁵² que veio ajudar no desenvolvimento da *lex petrolea*, visto que uma vez mais, na falta de direito aplicável e de norma de conflitos que resolvesse o problema, o tribunal decidiu dirimir o litígio de acordo com as circunstâncias do caso, acabando por aplicar a lei saudita mas, tendo em conta que se tratava de um contrato internacional, decidiu interpretar o contrato e as obrigações criadas à luz dos princípios gerais de Direito.

Outras decisões se seguiram até ao dia de hoje que contribuíram para uma maior importância atribuída aos princípios gerais de Direito, numa primeira fase e à *lex petrolea* em momento posterior, decisões essas que manifestam a busca de um regime jurídica de grande aceitação entre as partes que consiga a tão almejada “neutralidade reguladora”. Assim, a *lex petrolea* foi ganhando múltiplas formas de aplicação com o decorrer do tempo, deixando de estar limitada à autonomia das partes ou às normas internacionais, podendo passar a ser aplicada através da criação de tendências jurisprudenciais e até por algumas disposições de Direito Interno, como o artigo 44º da Lei do Petróleo Brasileira¹⁵³ que consagra que as partes deverão “adoptar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo” como *standard* de comportamento exigível às partes. No entanto, existem ainda ordenamentos jurídicos que colocam entraves à aplicação da *lex petrolea* e de outros ordenamentos de natureza não-nacional, como é o caso da Venezuela que no seu contrato-modelo inclui uma disposição que consagra que qualquer “contrato se deve reger e interpretar em conformidade com as leis da República”, normas que pretendem subir o nível dos limites colocados à internacionalização dos contratos que normalmente se encontra nas normas imperativas do Estado ou da ordem pública internacional¹⁵⁴.

Esta proliferação de casos e decisões diferentes forneceram “a fonte material de onde surgiu a lei costumeira”¹⁵⁵, ideia assumida por Doak Bishop num artigo de 1998 que fazia um balanço dos primeiros 25 anos de *lex petrolea*, isto é, desde o surgimento da expressão no caso *Aminoil*. Curiosamente, este artigo teve algumas repercussões

¹⁵² Saudi Arabia v. ARAMCO, Ad hoc Award 23 August 1958

¹⁵³ Lei nº 9.478 de 6 de Agosto de 1997

¹⁵⁴ GARCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero, 2009, p.360

¹⁵⁵ BISHOP, Doak - “International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea”. *XXIII Yearbook Commercial Arbitration*, 1998, p.1136

importantes daí para a frente, uma vez que o autor analisou os casos de expropriação e nacionalização ocorridos e concluiu que nenhum desses casos era proveniente da violação de um *BIT*. Interessante também o facto de que desde a data deste artigo, 1998, a maioria dos casos passaram a dizer respeito a violações de *BIT's* e no mesmo período, apenas um caso tinha na base uma expropriação ou nacionalização de bens, passando o foco a estar nas alterações fiscais supervenientes ao regime acordado¹⁵⁶, precisamente uma das situações que viria a dar origem ao caso *El Paso*.

Um dos princípios basilares da *lex petrolea* (comum a outras ordens jurídicas) é o de que expropriações e nacionalizações não são proibidas. No âmbito do direito petrolífero, a expropriação constitui o exercício de um direito soberano associado à gestão dos próprios recursos naturais. No entanto, constitui igualmente princípio basilar da *lex petrolea*, uma vez mais partilhado com outros sistemas jurídicos, que “o exercício desse direito por parte do Estado, vem acompanhado da correspondente obrigação de compensar a parte que viu a propriedade confiscada”¹⁵⁷, sempre com “rapidez, adequação e efectividade” de modo a mitigar os efeitos negativos da expropriação.

O próprio método de cálculo das indemnizações tem vindo a ser alterado com o tempo. Se em alguns casos do passado, se aplicou o princípio de *full compensation*, isto é, de compensar por todo o valor da propriedade expropriada, solução mais recorrente em casos que envolvessem potências como os EUA ou o Irão e nos casos em que existissem tratados de amizade entre os países, a verdade é que este método foi sendo abandonado e substituído por outros métodos como o do *net book value*, defendido pelo Governo Líbio nos seus casos da década de 1970, método que desconta do valor do investimento a depreciação do mesmo, constituindo o montante da indemnização devido o valor obtido através dessa subtracção, tal como explicava o Primeiro-Ministro líbio à época, “ainda que tenha gasto 100 milhões de dinares, já recuperaram até 1962 cerca de 60 milhões de dinares. O valor da nacionalização ou da participação é de 40 milhões de dinares”. Foi este método que originou a argumentação do governo do *Kuwait* que levou a que, pela primeira vez, a expressão *lex petrolea* fizesse parte de uma decisão jurisprudencial, já que o Governo daquele país invocou que a aplicação entre 1971-77 deste método para calcular a indemnização tinha dado origem a uma regra consuetudinária. No entanto, o Tribunal responsável por apreciar o caso *Kuwait v. Aminoil* recusou esta linha argumentativa, embora este caso “tenha marcado o início de

¹⁵⁶ MARTIN, Tim – “Lex petrolea in international law, p.5

¹⁵⁷ BISHOP, Doak, 1998, p.1156

uma abordagem mais racional à atribuição de compensações nos casos de nacionalizações”¹⁵⁸. tal como aconteceu depois com outros tribunais, isto apesar de o método do *net book value* ser pouco especulativo e de prever a possibilidade de incluir bens tangíveis e intangíveis na avaliação. Este método veio progressivamente a ser substituído por outro bem mais polémico, o do *discounted cash flow (DCF)*, método que viria a ser utilizado pelo Tribunal *ICSID* para calcular a indemnização no caso *El Paso*, por ser “o método mais utilizado, de longe, como primeira forma de avaliação” e por ser o “mais apropriado às circunstâncias”¹⁵⁹. Este método tem em consideração o que um bem pode vir a render durante o período de duração do contrato, deduzindo desse valor os custos necessários para obter o tal rendimento e ainda uma percentagem que representa a futura entrada de benefícios financeiros¹⁶⁰. Normalmente, os Estados clamam a não aplicação deste método, por ser mais especulativo e por atribuir ao investidor os tais benefícios futuros que os Estados entendem pertencer-lhe por direito. No entanto, os Tribunais que têm aplicado este método fazem-no com base no argumento de que o investidor “consegue estabelecer com probabilidade uma quantia de lucros cessantes com relativa certeza”¹⁶¹.

Face ao exposto, há algumas conclusões incontornáveis no que diz respeito à *lex petrolea*. A primeira relativa à importância do contrato que é um elemento central destas relações, criando-se uma situação de auto-regulação contratual e situações em que é “o próprio contrato a definir o direito aplicável na resolução do litígio”, retirando, nesse âmbito, qualquer autonomia ao órgão de aplicação do direito. A importância do contrato é tal que Tim Martin considera essencial para uma correcta apreciação do litígio que os tribunais arbitrais sigam uma lista de tarefas. A primeira tarefa é a de analisar o contrato e o seu conteúdo, olhando de seguida para os factos do caso, comparando-os com casos anteriores para averiguar a eventual existência de um caso semelhante e por fim, deve-se atender às práticas da indústria para determinar qual o uso e a interpretação que costuma ser dada a esses contratos¹⁶². A partir desta lista, retiramos a segunda conclusão relativa ao papel determinante desempenhado pela jurisprudência arbitral, responsável não só por dirimir litígios mas também por criar entendimentos, tendências de decisões que influenciem e ajudem na resolução de litígios futuros, assegurando a tão almejada

¹⁵⁸ WEILER, Todd - *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, p.361

¹⁵⁹ *El Paso v. Arg.*, §§711-712

¹⁶⁰ GARCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero, 2009, p.381

¹⁶¹ MARTIN, Tim – “Lex petrolea in international law, p.6

¹⁶² *Idem*, p.12

neutralidade e conferindo aos litígios uma verdadeira situação de equilíbrio, pouco permeável a jogos políticos e posições de força.

A terceira conclusão diz respeito à inevitável ligação da *lex petrolea* à *lex mercatoria*. Como já vimos, os argumentos são semelhantes, a doutrina da *lex petrolea* foi fortemente influenciada pela doutrina que revitalizou a *lex mercatoria*, soltando-a das amarras das leis nacionais e preparando-a para ter aplicabilidade. A verdade é que a *lex petrolea* bebe muito das experiências da *lex mercatoria*, tais como a consagração de princípios como os princípios UNIDROIT e os princípios Europeus, sendo normal olhar para uma como a original e para a outra como a derivada, tal como é normal considerar uma como tendo um escopo geral e a outra tendo um escopo particular. No entanto, a *lex petrolea* beneficiou de algumas vicissitudes do seu sector para granjear uma maior aceitação e maior reconhecimento em comparação com a *lex mercatoria*. A maior homogeneidade do sector, os interesses e objectivos comuns fazem com que seja mais fácil afirmar a existência de uma *Societas Petroleatorum* do que de uma *Societas Mercatorum* e consequentemente, faz com que seja mais fácil afirmar de forma mais convincente a aplicabilidade da *lex petrolea* do que a *lex mercatoria*, embora as doutrinas por nós analisadas alinhem pela aplicabilidade de ambas com base em dois vectores, a especialidade e a supremacia¹⁶³. Especialidade própria de regras que são criadas após uma análise dos interesses e necessidades dos seus sectores e supremacia face às regras pertencentes a outras ordens jurídicas, em virtude da sua adequação, da sua simplicidade e porque a sua aplicação assegura o respeito por valores como a competição justa, tão importante nos sectores comercial e petrolífero.

Todos os elementos que constituem a *lex petrolea* apontam para a ideia de especialidade e adequação que justifica a sua aplicação, visto tratar-se de uma ordem jurídica espontânea e transnacional, criada pelos interessados na actividade mundial de extracção e produção de recursos minerais (constituem a *Societas Petroleatorum*), assentes na ideia comum de que existe um objectivo comum de tornar este sector produtivo e rentável (ideia de solidariedade petrolífera) que incentivou a criação de regras especialmente concebidos para regular os contratos celebrados mas também para servir as necessidades e interesses deste sector, de características tão particulares¹⁶⁴, visto tratar-se de um sector onde os contratos de longa duração, os avultados valores envolvidos e a importância dos investimentos para as duas partes (investidor e Estado,

¹⁶³ A. DE JESÚS O., 2012, p.45

¹⁶⁴ Idem, p.49

normalmente) proporcionam a ocorrência de litígios. Para os evitar e para assegurar o sucesso dos investimentos é necessário um contrato bem formulado mas também a existência, do ponto de vista legal, de um ambiente propício ao bom funcionamento do contrato. É neste sentido que a *lex petrolea* encontra a sua relevância, já que as suas regras, próprias e direccionadas a este sector, criam o ambiente legal propício ao bom funcionamento dos contratos. O modo de resolução dos litígios deve ser como os contratos, maleável e conseguir o equilíbrio entre a flexibilidade e a rigidez, visto que um contrato demasiado rígido ou flexível estará, em princípio, condenado ao fracasso. No entanto, é preciso notar que as partes nestes contratos não se devem deixar “adormecer à sombra” da arbitragem petrolífera, negociando de forma leviana e pouco rigorosa, com o pretexto de que na eventualidade de qualquer litígio surgir, o poderão submeter à arbitragem, isto porque o principal ramo de actividade de uma empresa petrolífera não é nem nunca será “obter compensação por parte de um tribunal arbitral depois de anos de tempo e despesas a litigar”¹⁶⁵.

No entanto e apesar de reconhecermos à *lex petrolea* um papel importante e uma crescente autonomia face à *lex mercatoria* e sobretudo face às ordens jurídicas nacionais, a verdade é que não alinhamos pelo mesmo diapasão que alguns dos seus defensores no que diz respeito à sua supremacia, autonomia e independência. Alfredo de Jesús afirma que a “*Lex Petrolea* é completamente independente e autónoma dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais”¹⁶⁶, baseando esta ideia no facto de a base da ordem jurídica nacional ser completamente distinta, assente em conceitos típicos como a nacionalidade, o território, o povo (ideia de Nação) enquanto a ordem autónoma assenta nos interesses e objectivos da *Societas Petroleorum*.

Se é verdade que entendemos esta linha de argumentação, também é verdade que não nos podemos desligar da realidade. O maior intuito da *lex petrolea* é a sua aplicabilidade prática, isto é, ver os seus princípios e regras chamados a regular e dirimir litígios que sejam colocados perante os tribunais arbitrais, situação que se verifica de forma cada vez mais frequente, como fomos tentando mostrar ao longo desta exposição, através de exemplos jurisprudenciais. No entanto, regra geral, esta aplicação dos princípios da *lex petrolea* raramente aparece como única fonte de direito aplicável à resolução do caso, já que no âmbito dos contratos petrolíferos internacionais, a decisão costuma surgir de “um conjunto de sistemas normativos que se aplicam na maioria dos

¹⁶⁵ Idem, p.33

¹⁶⁶ Idem, p.42

casos simultânea e coordenadamente”¹⁶⁷. E esta parece-nos a solução mais adequada e apropriada a uma justa composição dos litígios. Recusamos de forma categórica a solução nacionalista que propõe a “nacionalização” de litígios internacionais, através da aplicação exclusiva dos preceitos de uma ordem jurídica nacional a uma situação de carácter internacional mas também nos parece ser de recusar a solução que propõe retirar todo e qualquer direito nacional dos litígios internacionais.

Em todos os contratos petrolíferos a que fizemos referência nesta dissertação, existe um denominador comum, a presença de um Estado ou de uma companhia estatal. A verdade é que a evolução da *lex petrolea* se deve em muito aos litígios entre Estados e investidores¹⁶⁸, visto que a sua natureza pública e o facto de serem decididos por instituições como o *ICSID* leva a que estes acabem no domínio público e permitam a construção de tendências, não só dentro da jurisprudência mas também dentro da doutrina, investidores e todos os demais interessados. E o facto de a presença de um Estado ou de uma empresa por si controlada ser um factor transversal à grande maioria dos casos torna adequada a análise de pelo menos uma lei nacional no momento da decisão do caso, a lei do Estado contratante.

Como já dissemos, o contrato é uma espécie de núcleo do sector petrolífero, é nele que tudo tem início e tudo gira à volta dele e como tal, devemos olhar para o seu conteúdo com referência a uma lei nacional. De facto, não faria sentido analisar o litígio entre a Argentina e uma empresa norte-americana, ignorando as disposições da lei argentina, principalmente aquelas que entraram em acção com o objectivo de pôr termo a uma situação de quase-miséria que assolava a maioria da população que vive de acordo com essas leis, o povo argentino. É por este motivo que apesar da ampla autonomia privada atribuída às partes que lhes permite, no limite, decidir pela aplicação da *lex petrolea* como fonte única de resolução do litígio, esta solução seja pouco habitual, optando as partes por uma solução mais “conservadora” que passa pela aplicação cumulativa dos princípios da *lex petrolea* com o direito internacional e/ou com o direito nacional, até porque os princípios gerais de Direito, que constituem um dos pontos base da *lex petrolea*, assumem igualmente um papel de grande importância em sede de legislação nacional.

No entanto e apesar desta nossa opinião, a importância e aplicabilidade dos princípios e regras de *lex petrolea* não saem melindradas. A sua adequação, a sua

¹⁶⁷ GARCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero, 2009, p.386

¹⁶⁸ MARTIN, Tim – “Lex petrolea in international law, p.5

especialidade e a importância que têm no âmbito dos contratos no sector petrolífero fazem da aplicação deste corpo de regras uma condição *sine qua non* para uma boa resolução dos litígios emergentes.

Em suma, entendemos que é completamente incomportável decidir um caso de direito internacional, no âmbito do sector petrolífero, sem ter em consideração a *lex petrolea*. No entanto, parece-nos que este corpo autónomo de regras não se encontra dotado das condições necessárias à resolução, *per se*, de litígios no âmbito do sector petrolífero, ou seja, pode acontecer num caso esporádico mas de forma consistente e recorrente não nos parece exequível.

VI – Conclusões

Como dissemos na Introdução e fomos dado conta ao longo dos diferentes capítulos que constituem esta dissertação, vivemos num mundo globalizado, fenómeno ao qual os sectores do comércio internacional e da actividade petrolífera não só não constituem uma excepção como ainda são dois dos sectores onde a globalização deixou mais vincada a sua “pegada”. Em 1973, Aleksandar Goldstajn aludia a um texto de 1961, da sua autoria, no qual afirmava o “rápido desenvolvimento” da *lex mercatoria* apesar das “diferenças políticas, económicas e legais do mundo”. Esta opinião que levava o autor a clamar pelo reconhecimento da existência de um direito comercial autónomo não era alterada pelo facto de, no período que mediou entre os dois textos, os “métodos comerciais à escala mundial serem praticamente os mesmos”.

Se em 1973, com o ICSID a dar os seus primeiros passos, com a União Europeia longe de ter o papel e a preponderância que tem hoje, sem a existência dos princípios UNIDROIT, dos princípios Europeus, sem a existência de meios de comércio à distância, capazes de ligar comerciantes da Gronelândia e da Austrália em questão de segundos, Goldstajn não tinha dúvidas quanto à existência de uma ordem jurídica autónoma no âmbito do comércio internacional, não nos parece que 44 anos e um sem número de evoluções depois, se possa ainda questionar a existência e a aplicabilidade da chamada *lex mercatoria*, pelo que só concepções demasiado nacionalistas do Direito, saudosistas e pouco adaptadas ao mundo actual podem continuar a considerar a *lex mercatoria* pouco mais do que um mito.

A evolução da sociedade, a abolição dos entraves à livre circulação de cidadãos e mercadorias, a crescente importância dos centros legislativos descentralizados (comunitários, mundiais) e a sociedade global que daí emanou, fortemente potenciada

pelos meios de comunicação modernos, obrigaram o Direito a evoluir e a adaptar-se à nova realidade, como aliás vem fazendo desde sempre.

Foi como corolário desta adaptação que a arbitragem viu a sua importância crescer a olhos vistos, tornando-se o mecanismo de resolução de litígios predominante em muitos sectores de actividade fruto da maior justiça e equilíbrio entre as partes, valores fundamentais do Direito que nos são transmitidos nos nossos primeiros contactos com o mundo do Direito e que a arbitragem tem o condão de realizar.

Os valores da adequação e da especialidade são outros que se encontram integrados nesta lista de valores jurídicos fundamentais e foi com esses valores na mira que surgiram as ordens jurídicas autónomas. Não só a *lex mercatoria* mas também a *lex sportiva*, a *lex petrolea*, entre outras, num processo de autonomização jurídica que dificilmente ficará por aqui. Se olharmos à história recente do mundo em que vivemos, dificilmente encontraremos dois sectores tão importantes para a economia mundial como o sector do comércio e do petróleo que são verdadeiras forças-motrizas das economias modernas, originadoras de crises à escala mundial, de guerras e conflitos políticos.

Assim, parece de louvar que estes sectores tenham um corpo autónomo de regras, criadas por autoridades do respectivo sector, levando em consideração os usos, costumes e práticas do sector e que sejam capazes de regular as relações no âmbito desse sector, conduzindo ao fim último do Direito, a resolução justa e eficaz dos litígios emergentes. Se conseguirmos aliar à existência desta ordem jurídica, um método de resolução de litígios igualmente justo e eficaz, capaz de ser transparente para as partes, retirando-lhes a sensação de estarem a jogar “em casa ou fora”, com todas as injustiças e inseguranças associadas a esse sentimento, então melhor ainda. Para as partes, para os seus litígios e sobretudo para o Direito.

Foi isto que as ordens jurídicas autónomas, a *lex mercatoria* e a *lex petrolea* no nosso caso, vieram trazer. Uma justiça especializada e adequada aos problemas que deve solucionar, construída por aqueles que mais interesse terão na resolução dos litígios e dirimida por uma autoridade legitimada, capaz de tornar a balança da justiça (outra imagem típica do Direito) equilibrada para ambas as partes envolvidas.

Tendo isto como ponto assente e como uma das grandes conclusões a retirar do que aqui expusemos, não podemos deixar de assinalar as diferenças entre a *lex mercatoria* e a *lex petrolea* e os possíveis *handicaps* que ainda não conseguiram contornar.

A *lex mercatoria*, apesar da sua tradição e da sua origem medieval (com traços distintos, logicamente), padece do problema apontado pelo Professor Lima Pinheiro e por nós corroborado, o da difícil afirmação de uma *Societas Mercatorum*, capaz de congrega todos os actores do comércio internacional, a uma escala global. Trata-se de um sector mais heterogéneo, fruto das desigualdades económicas e sociais mas também fruto da sua maior dimensão, relevando-se a acção de instituições como a CCI meritória mas, ainda assim, um pouco ingrata, dado que, quanto maior a sua dimensão, mais difícil é a tarefa de consolidar usos e costumes e criar uma regulação legislativa que permita a esse sector “falar a uma só voz”. No entanto e como já fizemos questão de assinalar, esta questão não belisca a sua aplicabilidade enquanto fonte autónoma de direito, situação para a qual contribuíram de forma decisiva as compilações surgidas nos últimos anos, como os princípios UNIDROIT, os princípios Europeus e a *Translex*, uma verdadeira bíblia do direito transnacional que conta com uma exaustiva lista de princípios, referências comparativas, para além de uma não menos extensa lista de referências doutrinárias e jurisprudenciais que só atestam a vida e a boa saúde da *lex mercatoria*.

Apesar da evolução sofrida desde a década de 60, a nível interno com o abandono de concepções que a faziam depender da aceitação e recepção por parte das ordens jurídicas estaduais e a nível externo, com a importância que foi granjeando, alavancada pelos tribunais arbitrais, a verdade é que ainda existe alguma estrada para percorrer. É este caminho que nos impede de afirmar que a sua evolução esteja completa ou, como diz o Professor Lima Pinheiro, que a *lex mercatoria* esteja já na sua fase adulta e é devido a esse caminho que ainda se encontra por percorrer que a regulação exclusiva, de forma sistemática, por parte desta ordem jurídica autónoma seja ainda uma situação de difícil reconhecimento, o que leva a que a Professora Maria Helena Brito entenda que as “operações do comércio internacional não podem ser por completo subtraídas à competência dos direitos estaduais”.

À sombra da ordem jurídica do comércio internacional e aproveitando o caminho por ela desbravado, surgiu a *lex petrolea*, durante muito tempo considerada uma irmã mais nova da *lex mercatoria*, se quisermos utilizar a metáfora familiar. No entanto, parece-nos que as suas vicissitudes, bem como a forma como foi evoluindo, lhe conferem o direito a ambicionar uma posição mais relevante.

É inegável a influência da *lex mercatoria*, dos seus princípios bem como a presença dos seus defensores na concepção de *lex petrolea* como a nossa exposição

procura provar no capítulo V. A doutrina que defendeu a *lex petrolea* teve a habilidade de aproveitar o (bom) trabalho feito pelos seus congéneres da *lex mercatoria*, com a esperança de que “quem aceita o mais, aceita o menos”, outra ideia clássica do Direito. No entanto e apesar de muitos dos seus defensores não o assumirem nem se socorrerem dessa situação como trunfo, a verdade é que a *lex petrolea* beneficia de algumas particularidades que a *lex mercatoria* não pode invocar. Como vimos, o sector petrolífero à escala mundial é um sector *sui generis*, com valores de investimento recorde mas simultaneamente dotado de um espírito de solidariedade e coesão entre concorrentes que não se encontra em qualquer outro sector de actividade. Esta homogeneidade, aliada à actividade desenvolvida por organizações sectoriais responsáveis pela compilação dos usos e pela elaboração de contratos-modelo, leva a que a *lex petrolea* consiga o que a *lex mercatoria* nunca logrou, “desarmar” a argumentação que obsta à afirmação da *Societas Mercatorum* e, consequentemente, reunir as condições para que uma sociedade “sua” tenha reconhecimento mundial, a tal *Societas Petroleorum*.

No entanto, parece-nos que apesar do passo em frente que o “aprendiz” conseguiu dar face ao “mestre”, a verdade é que o limite à sua aplicabilidade é praticamente o mesmo que obsta à aplicação exclusiva da *lex mercatoria*, a impossibilidade de subtrair os litígios à competência dos direitos estaduais. Neste caso, essa impossibilidade é adensada pela importância de um dos elementos centrais da *lex petrolea*, o contrato, referente máximo e incontornável de qualquer litígio neste sector e que por incluir quase sempre uma entidade estadual torna impossível ignorar a realidade estadual e não ter, pelo menos, em consideração as normas nacionais. Assim, a evolução que a *lex petrolea* conseguiu operar é de certa forma inglória, na medida em que acaba por ver a sua acção travada precisamente no mesmo ponto onde se sustém a acção da *lex mercatoria*, com ambas as ordens jurídicas a não conseguirem dar o “salto” que lhes permita assumir-se como fonte exclusiva de resolução de litígios. Esta situação que deixa estas duas ordens jurídicas limitadas ao “quase” prende-se com as diferenças substanciais entre os conteúdos das ordens jurídicas nacionais, assentes nos valores tradicionais dos Estados e das suas populações e das ordens jurídicas autónomas, tendentes a privilegiar os interesses dos operadores de comércio e companhias petrolíferas, neste caso.

No entanto, a não concretização deste objectivo último não nos pode levar a questionar tudo o resto. Actualmente, no âmbito do comércio internacional e do sector

petrolífero, é quase inaceitável tentar resolver um litígio sem atender aos princípios que estas duas ordens jurídicas autónomas consagram e tanto uma como outra têm ainda uma ampla margem de progressão.

Em 1999, Klaus Peter Berger afirmava que a *lex mercatoria* era o futuro, um futuro que já tinha começado. Hoje, tanto a *lex mercatoria* como a *lex petrolea* são o presente mas um presente com um futuro ainda pleno de possibilidades e que, ao contrário do que se pensaria naquela época, ainda não se concretizaram de forma plena. Ambas se encontram dependentes da forma como o mundo continue o seu desenvolvimento e “a fórmula” para o futuro pouco deve diferir da que a trouxe até à situação actual, isto é, deve continuar a aposta em valores tais como a adequação e a especialidade e deve continuar a atender aos interesses, necessidades e problemas dos respectivos sectores, atribuindo uma ampla margem de manobra à autonomia privada das partes, procurando assim uma contínua melhoria e desenvolvimento que permita que a arbitragem as continue a colocar na primeira fila na hora de examinar e pôr termo a um litígio.

Tentar prever os próximos anos de *lex mercatoria* e *lex petrolea* é um exercício pouco mais rigoroso do que entrar no domínio da futurologia. No entanto, parece-nos difícil que estas ordens jurídicas consigam regular relações controvertidas nos seus sectores, de uma forma exclusiva. É essa a pretensão das grandes companhias petrolíferas e dos grandes operadores do comércio internacional mas “para dançar o tango são sempre preciso dois” e os Estados, a outra parte neste tipo de relações, dificilmente abdicarão da presença das suas normas de Direito na decisão de litígios que contendam com os seus interesses.

Ainda assim, o papel hoje assumido pela *lex mercatoria* e pela *lex petrolea* duas ordens jurídicas é já de si dotado de uma grande importância para os respectivos sectores e sobretudo, dotado de uma enorme relevância prática, com o seu corpo de regras e princípios a impor-se aos árbitros (e até aos julgadores nacionais) que os devem consultar e ter em consideração na hora de dirimir litígios.

E esta é uma grande vitória para a *lex mercatoria* e para a *lex petrolea* que até há pouco tempo eram rotuladas como mitos e fenómenos sociológicos.

Bibliografia

A. DE JESÚS O. - "The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society", *TPLI Series on Transnational - Petroleum Law* Vol.1, Nº1, Paris, 2012

ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, Lisboa, 2005

BAR, Christian von, MANKOWSKI, Peter – *Internationales Privatrecht - Vol. 1, München*, 2003

BENSON, Bruce L. – "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal*, Vol.55, 1989

BERGER, Klaus Peter – *The Creeping Codification of The Lex Mercatoria*, The Hague, London, Boston, 1999.

BISHOP, Doak - "International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea". *XXIII Yearbook Commercial Arbitration*, 1998, p.1131 e ss.

BONELL, Michael Joachim – *An International Restatement of Contract Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. New York, 2005

BRITO, Maria Helena - "As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões", *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles* (Coord. MIRANDA, Jorge, CANOTILHO, J.J.Gomes, BRITO, José de Sousa e, e out.), Vol. 2, Coimbra, 2012, p. 27-49

BRITO, Maria Helena - *Direito do comércio internacional*, Coimbra, 2004.

BRÍZIDO, Anabela Paula – "Arbitragem Petrolífera: Algumas reflexões sobre as regras de direito aplicáveis ao mérito da causa", *CEDIS Working Papers*, Nº2, Lisboa, 2016

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro*, Coimbra, 2015

DELAUME, George – “Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: the Myth of the Lex Mercatoria”, *Tulane Law Review*, 1989. p. 575 ss.

DE LY, Filip – “Emerging new Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalization”, *Festschrift für Otto Sandrock zum 70*, Heidelberg, 2000, p.191 e ss.

DUARTE, Tiago - "As fronteiras do Direito Público e a arbitragem internacional de protecção de investimentos", *Scientia Iuridica. n.º 328*, Tomo LX, Braga, 2011, p. 293-301

DUARTE, Tiago - "O consentimento nas arbitragens internacionais (ICSID)", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Coimbra, 2010, p. 545-568

DUARTE, Tiago - "O *Salini test* na arbitragem do ICSID: *Still crazy after all these years*", *Estudos em homenagem a Rui Machete* (Coord. OTERO, Paulo, GOMES, Carla Amado, SERRÃO Tiago), Coimbra 2015, p. 1049-1068

DUARTE, Tiago - "*Treaty claims, contract claims e umbrella clauses* na arbitragem internacional de protecção de investimentos", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* (Coord. FREITAS, José Lebre de, DUARTE, Rui Pinto, CRISTAS, Assunção e out.), Coimbra, 2011, p. 259-299

EL-KOSHERI, Ahmed Sadek – “Le regime juridique créé par les accords de participation dans le domaine pétrolier”, *Recueil des cours, Collected courses of the Hague Academy International Law 1975 IV*, Tomo 174, The Hague, 1978, p. 217-405

FOUCHARD, Philippe - *L'Arbitrage Commercial International*, Paris, 1965

GÁRCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero - "Consideraciones sobre la ley aplicable a los contratos petrolíferos internacionales", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.º 2, Milano, 2009, p. 351-386

GOLDMAN, Berthold – “The Applicable Law: General Principles of Law – the Law Mercatoria”, *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, 1986, p.113 e ss.

GOLDSTAJN, Aleksandar – “The New Law Merchant Reconsidered”, *Law and International Trade, Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70 Geburtstag* (org. Fritz Fabricius), Frankfurt, 1973, p.171 ss.

GOTTWALD, Peter – *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Bielefeld, 1997

GOUVEIA, Mariana França - *Curso de resolução alternativa de litígios*, Coimbra, 2014

KAHN, Philippe – “La Vente Commerciale Internationale”, *Revue internationale de droit compare*, Vol. 14, Paris, 1962

KEGEL, Gerard – “The Crisis of Conflict Laws”, *Recueil des cours, Collected courses of the Hague Academy International Law*, Tomo 112, The Hague 1964, p.98-261

LANDO, Ole – “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston, London, 1991, p. 129 ss.

MARTIN, Tim – “Lex petrolea in international law”, *Dispute Resolution in the Energy Sector: A Practitioner’s Handbook*, London, 2012

MARTIN, Timothy, PARK, Jay - “Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger”, *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, Nº1, London, 2010

PINHEIRO, Luís de Lima - "A Arbitragem CIRDI e o Regime dos Contratos de Estado", *Revista internacional de arbitragem e conciliação* (Coord. Pinheiro, Luís de Lima.), Ano I, Coimbra, 2008, p.78-105

PINHEIRO, Luís de Lima – *Arbitragem Transnacional: A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra, 2005

PINHEIRO, Luis de Lima - *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1998

PINHEIRO, Luís de Lima - *Direito Internacional Privado: Introdução e direito de conflitos - parte geral*, Vol. I, Coimbra, 2016

PINHEIRO, Luis de Lima - *Direito Internacional Privado – Direito de conflitos, parte especial*, Vol. II, Coimbra, 2015

PINHEIRO, Luís de Lima - "Introdução à arbitragem de investimento no sector da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolanas". *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, 2015, p. 17-38

Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, Rome, 1995 (Versão do Ministério da Justiça, Lisboa)

Principles of European Contract Law – Parts I and II (ed. LANDO, Ole and BEALE, Hugh), The Hague, Boston, London, 2000

SCHMITTHOFF, Clive – “The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation”, *The Sources of the law of international trade with special reference to East-West Trade* (ed. Clive Schmitthoff), London, 1964, p.3 ss.

STERN, Brigitte – “Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Les nationalisations pétrolières libyennes devant l’arbitrage international”, *Revue de l’arbitrage*, Paris, 1980, p. 1-43

TALUS, Kim, LOOPER, Scott, OTILLAR, Steven - “Lex Petrolea and the internationalization of petroleum agreements: focus on Host Government Contacts”, *Journal of World Energy Law & Business*, Vol.5, Nº3, London, 2012, p.181-193

TELLES, Eugénia Galvão – “A noção de normas de aplicação imediata no Regulamento I: Uma singularidade legislativa”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles*, Vol. II, Coimbra, 2012, p.801-820

UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, 2010 (<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>)

VICENTE, Dário Moura - "Arbitragem de investimento: A convenção ICSID e os tratados bilaterais", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, 2011, p. 751-770

VICENTE, Dário Moura - "Os mecanismos de resolução de litígios entre estados investidores na perspectiva europeia: desenvolvimentos recentes", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, 2014, p. 695-721

WEILER, Todd - *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, p.347-381

Sítios da Internet

CENTRAL'S Transnational Law Digest & Bibliography (<http://tldb.uni-koeln.de/>)

Translex. Principles on Transnational Law. ([https://www.translex.org/materials/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.translex.org/materials/of-transnational-law-(lex-mercatoria)))

Unilex - Unidroit Principles
(<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13619&x=1>)

Lex Petrolea (<http://www.lexpetrolea.org/>)

Decisões judiciais ou arbitrais

Abaclat and Others v. The Argentine Republic (ICSID Case no. ARB/07/05),
Award of 4 August 2011

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/10/2010, processo nº
1285/07.7TJVNF.P1.S1

AGIP v. Congo (ICSID Case no. ARB/77/1), Award of 30 November 1979

Azurix Corp. v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12), Award of
14 July 2006

El Paso International Energy Company v. The Argentina Republic (ICSID Case
No. ARB/03/15), Award of 31 October 2011

Kuwait vs. American Independent Oil Company, Ad hoc Award, 24 March 1982

Noble Ventures v. Romania (ICSID Case No. ARB/01/11), Award of 12 October 2005

Petroleum Development Ltd. V. Sheik de Abu Dhabi, Ad hoc Award September 1951

Salini Costruttori SpA and another v. Kingdom of Morocco (ICSID Case no.
ARB/004), Award of 23 July 2001

Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award of 17
March 2006

Saudi Arabia v. ARAMCO, Ad hoc Award 23 August 1958

